J. germ.
115
9

Johann Ulrich Winkler
Iur. Stud.
1797.

T. germ. 115 v

Die Lehre von der Präclusion bey entstandenem Concurse der Gläubiger.

Leipzig,
bey Paul Gotthelf Kummer,
1781.

Bayerische
Staatsbibliothek
München

Innhalt
der gegenwärtigen Abhandlung.

Die Lehre von der Präclusion bey entstandenem Concurse der Gläubiger.

Erster Abschnitt.

Vorerinnerungen von dieser Lehre.

§. 1. Von der Wichtigkeit dieser Lehre und dem Concursproceß überhaupt.

§. 2. Schriftsteller vom Concursproceß überhaupt, remissive.

§. 3. Schriften von dem Gegenstande dieser Abtheilung insbesondre.

§. 4. Quellen dieser Lehre.

§. 5. Begriff des Wortes Präclusion im allgemeinen Verstande; Gesetzstellen, in welchen solches gebraucht wird.

§. 6. Unterschied zwischen Präclusion und Verjährung, insonderheit der auslöschenden.

§. 7. Begriff der Präclusion, insofern sie bey Concursen vorkömmt, insbesondre.

§. 8. Eintheilung derselben in die eigentliche und uneigentliche.

§. 9. Ordnung, in welcher diese Lehre abgehandelt wird.

Zweyter Abschnitt.

Von der eigentlichen Präclusion bey einem förmlich eröffneten Concurse.

§. 1. Begriff der eigentlichen Präclusion und Angabe der Hauptstücke, welche bey selbiger zu betrachten vorkommen.

Erste Abtheilung.

Von dem Grunde der eigentlichen Präclusion und ihren Erfordernissen.

§. 1. Wesentliche Stücke derselben; Befugniß des Richters sub poena praeclusi vorzuladen; Gesetzmäßige Ladung; Nichterscheinen des Gläubigers.

§. 2. Uebergang zu der Untersuchung des Grundes einer Präclusion bey Concursen.

§. 3. I. Grundsätze, in welchen Fällen das Angeben und Ausführen eines Rechts bey Verlust derselben binnen einer gewissen Zeit auferlegt werden, und in welchen Fällen dieses nicht geschehen kann.

§. 4. Beweisgründe des ersten Grundsatzes: Erster Beweisgrund: das gemeine Beste.

§. 5. Zweyter Beweisgrund aus dem L. 10. C. de bonis autorit. iudic. possid.

§. 6. Dritter Beweis aus dem L. 6. de remiss. pign. und der Rechtsanalogie.

§. 7. Vierter Beweis von der praestatione culpae hergenommen.

§. 8. Gerichtsbrauch bey ähnlichen Fällen, Erbschaften und Löschung alter Consense.

§. 9. Zweyter Grundsatz von den Fällen, wo eine Aufforderung unter Androhung der Präclusion unkräftig ist.

§. 10. Beweis der angegebenen Regel.

§. 11. Anwendung dieser Principien auf die Lehre vom Concursproceß; Lehrsätze hiervon.

§. 12. II. Von den Aufforderungen der Gläubiger zum Liquidiren.

§. 13. a) Absicht und Endzwecke der Ladungen bey Concursen: eine solche Ladung ist nur eine monitorische — sie perpetuirt die Jurisdiction.

§. 14. b) Von dem Richter, welcher sie erläßt.

§. 15. c) Form dieser Ladungen. Edictal und Specialladungen.

§. 16. Vorsicht des Richters, wenn er die Edictalien nicht erlassen will; Frage, ob die Specialladung der bekannten Gläubiger unterlassen werden könne.

§. 17. Verschiedenheit der Meynungen der Rechtslehrer.

§. 18. Gründe für die Nothwendigkeit der Specialladung.

§. 19. Gerichtsbrauch bey den höchsten Reichsgerichten.

§. 20. Provinzialgesetze von Chursachsen, Gotha, Altenburg, Preussen, Pommern, Magdeburg und Braunschweig.

§. 21. d) Innhalt der Citationen.

§. 22. Von den innern und äußern Formalitäten remissiue.

§. 23. Worinne das anzudrohende Präjudiz bestehe.

§. 24. Von der Androhung des Verlusts der Restitution.

§. 25. e) Personen, welche eine solche Ladung verbindet: Gesetzliche Bedeutung des Worts creditor.

§. 26. Verbindlichkeit der Gläubiger zur Angabe der Forderungen nach ihren verschiednen Arten: der eventuellen bedingten u. s. w. Beweise und Erläuterungen.

§. 27.

§. 27. Folgen aus der angegebenen Absicht der Citation bey Concursen, in Ansehung der Consensgläubiger, ingleichen in Kauf übernommener oder bis zur Immißion betriebener Forderungen.

§. 28. Fortsetzung von Liquidirung der Zinsen und mehrern einer Person zustehenden Forderungen.

§. 29. Fortsetzung von Angabe der mitbelehnschaftlichen Rechte und cedirter Forderungen.

§. 30. Von dem Innhaber eines Faustpfandes, ingleichen welche als Eigenthümer etwas aus dem Concurse fordern.

§. 31. Von solchen Gläubigern, welche Gegenforderungen haben, und der Wirkung der Compensation auf die Präclusion.

§. 32. Gläubiger, welche gar nicht in den Concurs gehören; causae personalissimae.

§. 33. Verbindlichkeit zur Angabe der Gefälle und Dienstbarkeiten.

§. 34. Erster Fall, wenn von verfallenen Präſtationen die Rede ist.

§. 35. Zweyter Fall, wenn es auf die Gerechtsame und die künftigen Präſtationen ankömmt.

Zweyte Abtheilung.

Von der wahren Beschaffenheit und Wirkung der eigentlichen Präclusion.

§. 1. Uebergang.

§. 2. Doppelte Art, die richterliche Entschließung zu erkennen zu geben; Streit der Rechtslehrer; sächsische Provinzialverordnungen.

§. 3. Frage, ob der Ablauf des Liquidationstermins sofort präcludire, oder erst das Locationsurthel.

§. 4. Entscheidung der Frage; verschiedne Meynung der Rechtsgelehrten; Provinzialgesetze.

§. 5. Von der Ungehorsamsbeschuldigung des curatoris litis.

§. 6. Regel von denjenigen Personen, welche die Präclusion trifft.

§. 7. Nähere Bestimmung dieser Regel.

§. 8. Präclusion dessen, der ex capite dominii Ansprüche macht.

§. 9. Beyspiele solcher creditorum, welche nicht präcludirt werden.

§. 10. Wenn ein Creditum für bekannt zu achten oder nicht.

§. 11. Fehler, welche bey der Ladung vorgegangen; contumacia vera eines Gläubigers und dessen beson-

besondre Strafe, nach gemeinen und sächsischen Rechten.

§. 12. Wirkung eines solchen Fehlers bey der Ladung; Verbindlichkeit des Curator litis zur Anzeige; Verordnung in dem Herzogthum Gotha.

§. 13. Von der Präclusion bedingter Forderung; Zweifel und Ursachen der bejahenden Entscheidung.

§. 14. Von der Präclusion des Besitzers eines Faustpfandes.

§. 15. Was ist Rechtens in Ansehung dessen, der für den gemeinen Schuldner gebürgt und nach ausgebrochenem Concurs bezahlt hat, wenn er nach Ablauf des Liquidationstermins sich seiner Entschädigung halber meldet.

§. 16. Fortsetzung.

§. 17. Fortsetzung.

§. 18. Anwendung dieser Entscheidung auf Mandatores, correos, nominatores und Rück- und Schadlosbürgen — vom Ausbürgen.

§. 19. Präclusion in dem Falle, wenn der Gläubiger, der für seine Schuld einen Bürgen hat, seine Obliegenheit nicht erfüllet.

§. 20. Was ist Rechtens in Ansehung eines dritten Besitzers eines Pfandgrundstücks, dem solches evin-

evincirt wird, falls selbiger seine Entschädigung bey dem Concurse sucht.

§. 21. Verschiedne Meynungen der Rechtslehrer — Untersuchung der Frage, ob und in wie weit die exceptio excussionis den dritten Besitzer schütze.

§. 22. Meynung des Verfassers nach Verschiedenheit der Fälle; erster Fall, wenn dem Besitzer die exceptio excussionis zu statten kömmt.

§. 23. Zweyter Fall, wenn dieses nicht ist.

§. 24. Fortsetzung.

§. 25. Von der Präclusion eines zur Rechenschaft gezogenen gratificirten Gläubigers.

§. 26. Chursächsische Verordnung wegen solcher Forderungen, die intra annum der Präclusion nicht unterworfen.

§. 27. Von dem Erscheinen des Gläubigers ohne gebührende Folgeleistung gegen die Citation.

§. 28. Von der Wirkung eines beym Liquidiren begangenen Irrthums in Ansehung der causae debendi oder sonst.

§. 29. Liquidirung durch einen dritten, der mit Vollmacht versehen oder nicht versehen.

§. 30. Schriftliches Anmelden des Gläubigers — Aufgebung besserer Liquidation.

Innhalt.

§. 31. Von denen Gläubigern, welche sich zwar melden, aber der Eröffnung des Concurses widersprechen - wenn solches geschehen kann — vom Absonderungsrecht.

§. 32. Von der Ausschließung der Unmündigen, Weibspersonen, des Fiscus u. s. w.

§. 33. Ablehnung der Contumaciae verae — deren Wirkung nach den unterschiednen Fällen.

§. 34. Bestimmmung der Wirkung der Präclusion und deren Einschränkung.

§. 35. Gegenseitige Meynungen Leysers und anderer und deren Widerlegung.

§. 36. Ob Versehen und Vorsatz in Ansehung der Wirkung der Präclusion einen Unterschied mache.

§. 37. Von der Wirkung der Präclusion in Ansehung der Mitgläubiger.

§. 38. Von dem Rechte, welches einem präcludirten Gläubiger in Ansehung seiner Forderung übrig bleibt.

§. 39. A. Gegen andre außer den gemeinen Schuldner.

§. 40. a) Gegen den Richter, welcher den Concurs dirigirt hat.

§. 41. b)

§. 41. b) Gegen einen dritten Besitzer einer Hypothek, welche vor das präcludirte creditum unterpfändlich verschrieben war.

Und c) den, welcher für die Forderung Bürgschaft geleistet.

§. 42. B. Wirkung gegen den gemeinen Schuldner.

§. 43. a) Auf dessen Person — von der Wechselverbindlichkeit — Gebung an Hand und Halfter — Unterschied zwischen Wechsel- und Arrestverbindung.

§. 44. b) Auf dessen Güter.

§. 45. α) Diejenigen, welche erst nach dem Concurs erworben — von der Competenzwohlthat in Ansehung derselben.

§. 46. β) Diejenigen, welche er schon bey Ausbruch des Concurses besessen.

§. 47. An welchen Gütern dem Gläubiger kein Recht gebühret.

§. 48. Von verheimlichten Gütern und dem Recht, welches dem präcludirten Gläubiger, der solches entdeckt, daran zusteht.

§. 49. Von den Gütern, welche zwar nicht zum Concurs gebracht worden, daran aber die Gläubiger, welche sich gemeldet, sich ihr Recht vorbehalten haben.

§. 50.

§. 50. Von der ausdrücklichen und stillschweigenden Entsagung der erschienenen Gläubiger und dem daraus entstehenden Recht des präcludirten.

§. 51. Von der Art und Weise, wie der präcludirte Gläubiger sein Recht daran geltend macht.

§. 52. Erster Fall, wenn sich diese Güter in dem wirklichen Besitze des Schuldners befinden.

§. 53. Zweyter Fall, wenn sie in dem Besitze eines dritten sind. Unterschied der hiebey unter dem Pfand- und Nichtpfandgläubiger zu machen.

Dritte Abtheilung.

Von den Rechtsmitteln, die Präclusion einer Schuldforderung abzuwenden.

§. 1. Uebergang; Schriften davon; Vorsicht eines Sachwalters bey der Wahl der Rechtsmittel.

§. 2. Unterschied der hier vorkommenden Fälle.

§. 3. A. Wenn bereits über die Präclusion erkannt ist: a) wenn die Präclusion ex capite iuris nicht angegriffen werden kann.

§. 4. b) Wenn solches geschehen kann: a) wenn es nicht mehr Zeit ist, ein Suspensivmittel einzuwenden. I. Mittel, seine Entschädigung an dem Richter zu suchen — dessen Ausflüchte — Klage gegen die Richter — Einreden dagegen.

§. 5. Regreß gegen die Mitgläubiger.

§. 6. Klage, welche hier Statt findet.

§. 7. b) Wenn ordentliche Rechtsmittel annoch gebraucht werden können.

§. 8. Gegnere bey Erwählung eines Suspensivmittels.

§. 9. Erfolg desselben.

§. 10. B. Andrer Hauptfall, wenn der Präclusion halber noch nicht erkannt ist.

a) Beybringung der Einwilligung der Mitgläubiger zur Zulassung.

§. 11. b) Wiedereinsetzung in den vorigen Stand — Ordnung, in welcher hiervon gehandelt wird.

§. 12. I. Begriff der Restitution eines Gläubigers und allgemeine Folgen.

§. 13. Fortsetzung — Specialfolgerungen.

§. 14. II. Personen, welche zu diesem Rechtsmittel geeigenschaftet sind. Bestimmte und unbestimmte Ursachen — von Minderjährigen, Gemeinden u. s. w.

§. 15. Von der Regreßnehmung der Unmündigen gegen ihre Vormünder; Streit der Rechtslehrer.

§. 16. Vorsetzliches Außenbleiben macht dieser Rechtswohlthat unwürdig.

§. 17. Eben so auch eigne Schuld — Gerichtsbrauch.

§. 18. Restitution ex iure tertii ob und in wie weit solche gesucht werden könne.

§. 19. Gebrauch dieser Rechtswohlthat gegen aeque priuilegiatos.

§. 20. III. Zeit, zu welcher die Restitution gesucht werden kann; allgemeine Regel — Quadriennium.

§. 21. 1. Vor Erlangung des Locationserkenntnisses.

§. 22. Ob es solchenfalls eines Restitutionsgesuchs bedürfe — verschiedne Meynungen.

§. 23. 2. Wenn schon das Locationserkenntniß abgefaßt ist; Provinzialrechte.

§. 24. a) Erster Fall, wenn die Concursmasse noch nicht vertheilet ist.

§. 25. b) wenn solches bereits geschehen — Entscheidung dieses Falls.

§. 26. Gründe und Zeugnisse für die angenommene Meynung.

§. 27. Fortsetzung.

§. 28. Gegenseitige Meynungen.

§. 29.

§. 29. Klage, mit welcher der präcludirte Gläubiger dasjenige zurückfordert, was dieser nicht erhalten hätte, wenn er gebührend claßificirt worden wäre und Einrichtung dieser Klage.

§. 30. Ausflüchte des Beklagten dagegen, insonderheit von der Ausflucht der Verjährung.

§. 31. IV. Von dem Verfahren bey einem solchen Restitutionsgesuch remissiue. Gericht, bey welchem diese Rechtswohlthat gesucht wird.

Dritter Abschnitt.

Von der uneigentlichen Präclusion bey entstandenem Concurse der Gläubiger.

§. 1. Bestimmung des Begriffs der uneigentlichen Präclusion.

§. 2. Unterschied zwischen selbiger und andern ähnlichen Versäumnissen.

§. 3. Unterschied zwischen der eigentlichen und uneigentlichen Präclusion nach der Ursache und Wirkung.

§. 4. Erster Fall: Versäumniß an der Bescheinigung oder Gegenbescheinigung.

§. 5. Wirkung dieser Versäumniß auf die Mitgläubiger nach der Verschiedenheit der Fälle.

§. 6. Zweyter Fall: Versäumniß an der Eidesleistung.

§. 7. Wem solche zu Statten komme.

§. 8. Dritter Fall: Unterlassung der Beybringung der Legitimation zur Sache: in wie fern solche durch Eydeszuschiebung geschehen könne: wie solche auferlegt wird.

§. 9. Entscheidung der Frage: ob eine solche Unterlassung den Mitgläubigern nutze oder das Quantum dem Fiscus heimfalle.

§. 10. Letzter Fall: Versäumniß an der Empfangnehmung.

§. 11. Zergliederung dieses Falls.

§. 12. Verfahren des Richters hierbey in Ansehung der Aufforderung des säumigen Gläubigers.

§. 13. Frage: ob die Verjährungszeit post terminum praeclusiuum abgewartet werden müsse.

§. 14. Gründe für die bejahende Meynung.

§. 15. Gegengründe.

§. 16. Widerlegung des ersten Gegengrundes, hergenommen von der praescriptione biennali agrorum desertorum.

§. 17. Beantwortung des zweyten von unbekannten Erben hergenommenen Einwands.

§. 18. Beantwortung des dritten, von der Erwerbung des Eigenthums an gefundenen Sachen.

§. 19. Gerichtsbrauch.

§. 20. Wirkung einer solchen privatorischen Sentenz auf den säumigen Gläubiger.

§. 21. Grund, auf welchem eine solche Verlustigerklärung beruhet.

§. 22. Wirkung derselben auf andre.

§. 23. Gründe, warum die Mitgläubiger hieraus keinen Vortheil ziehen.

§. 24. Heimfall einer solchen Post an den Fiscus; wem das ius fisci zustehe.

§. 25. Besondrer Fall, wenn das Quantum des Säumigen in spät angewiesenen Tagezeiten besteht.

§. 26. Beantwortung der Frage nach den zwey möglichen Fällen.

§. 27. Rechtsmittel gegen eine solche Einziehung.

§. 28. Beschluß.

Vierter Abschnitt.

Von der Präclusion, in so fern sie vor der förmlichen Eröffnung eines Concurses Statt findet.

§. 1. Uebergang — Unterschied zwischen dem förmlichen und materiellen Concurs.

§. 2. Präjudicirliche Folgen der Concurseröffnung für den Schuldner sowohl als den Gläubiger. — Obliegenheit und Vorsicht des Richters, einen Concurs abzuwenden.

§. 3. Unterschied der Fälle, nach welchen die Grundsätze von der Präclusion vor Eröffnung des Concurses zu bestimmen sind.

§. 4. Erster Fall, wenn der Richter bekannte und unbekannte Gläubiger auffordert — Edictalienerlassung — Präjudiz, welche in solchem Falle angedrohet werden kann, nach Unterschied, ob die Gläubiger bekannte oder unbekannte sind.

§. 5. Entscheidung dieses ersten Falls, — Erlassungsvertrag — Annehmung Particularzahlung —

Verfahren, wenn sich der status activus des gemeinen Schuldners nicht übersehen läßt.

§. 6. Zweyter Fall: wenn der Richter nur die bekannten Gläubiger zu diesem Geschäffte gezogen. Vor der solchen Falls gewöhnlichen Cautionsbestellung — Entscheidung. Cautelen für den Richter — Gegentheilige Meynung und deren Beantwortung.

§. 7. Wie es zu halten, wenn eine Caution nicht bestellt worden, nach Unterschied der Fälle, ob dem Schuldner etwas übrig geblieben — ob die Gläubiger die Zahlung schon empfangen haben — ob eine Gratification erweislich oder nicht.

Fünfter Abschnitt.

Von der Präclusion in dem Falle, wenn über das Vermögen einer Person mehrere Concurse entstanden sind.

§. 1. Uebergang.

§. 2. Unterschied der hier vorkommenden Fälle.

§. 3. u. 4.

§. 3. u. 4. Erster Fall: wenn die mehrern Gerichte, unter welchen die Güter des gemeinen Schuldners gelegen, unter einerley Territorialherrn stehen, und dessen Entscheidung: Provinzialgesetze.

§. 5. Zweyter Fall, wenn dieses nicht ist: Unterschied, der hierbey zu machen, nachdem ob

§. 6. der auswärtige Richter sich die Abgabe vor ihn gehöriger Sachen an das forum domicilii gefallen läßt, oder

§. 7. sich hierzu nicht entschließt: Inconvenienzien, welche daraus entstehen, wenn der letztere Fall eintritt.

§. 8. Grundsätze von der Verbindlichkeit zum Liquidiren bey der Coexistenz mehrerer Concurse über einerley Person.

§. 9. Anwendung der Principien von der Präclusion auf den im rubro angegebenen Fall.

§. 10.

§. 10. Frage, zu welcher unter mehrern zugleich existirenden Concursen die actiua des gemeinen Schuldners gehören.

§. 11. Was in Ansehung andrer Sachen, die sich unter einer dritten Gerichtsbarkeit befinden, Rechtens sey.

Erster

Die Lehre von der Präclusion
bey
entstandenem Concurse der Gläubiger.

Erster Abschnitt.

Vorerinnerungen von dieser Lehre.

§. 1.

Die Lehre von Concursen überhaupt ist von jeher von den Rechtsgelehrten für eine der wichtigsten gehalten worden, 1) und sie verdient in unsern Tagen um so größere Aufmerksamkeit, jemehr die Zahl der Concursprocesse zunimmt 2).

1) Es behauptet daher Bened. Carpzov in seinen Decisionen decis. 54. no. 1. mit Recht, „nullam difficiliorem materiam in iudiciis ventilari.“

2) Daniel Moller, welcher im XVII. Jahrhundert lebte, klagt schon über die große Anzahl der Concursprocesse in seinem Commentar über die chursächsis. Constitutionen. P. I. const. 28. no. 1. und eben so auch Christian Philipp Richter in seinem Tractat de priuilegiis creditorum in praeloquio: allein die Erfahrung zeigt, daß seit dieser Zeit die Zahl dieser Art Processe gar sehr zugenommen habe.

§. 2.

Es fehlt daher nicht an Schriften, welche die Lehre vom Concursproceß theils besonders, theils beyläufig erläutert haben. Die mehresten derselben haben die Rechte derer Gläubiger in Ansehung des Vorzugs ihrer Forderungen, oder auch die, bey Concursen übliche Proceßart zum Gegenstande, dahingegen die Absicht der gegenwärtigen Abhandlung dahin geht, die Rechte dererjenigen Gläubiger zu bestimmen, welche bey dem Concurse in Ansehung der Anzeige und Bescheinigung ihrer Forderungen etwas verabsäumt haben.

1) Die Menge der hieher gehörenden Schriften findet man in Martin Lipenius Bibliothek sub voc. concursus und cessio bonor. und in den Jenichischen und Schottischen Fortsetzungen.

§. 3.

Man findet in den Schriften der Rechtslehrer von Concursen, hier und da etwas von der Lehre von der Präclusion, allein es ist mir keine Schrift bekannt, in welcher selbige in ihrem Zusammenhange vorgetragen wäre, wenn ich eine akademische Streitschrift ausnehme, welche unter dem Vorsitze des verstorbenen geheimen Regierungsraths George Heinrich Ayrer abgefaßt worden 1). So ist auch dieser Lehre in des ehemaligen tübingischen Rechtslehrers Wolfg. Adam Schöpfs Tractat de processu vnilaterali cumprimis contumaciali, ein eignes Kapitelchen gewidmet 2).

1) Göttingen 1743. 68. Seiten in 4. Der Respondent ist zwar nicht als Verfasser angegeben, demohngeachtet ist diese Schrift in der doppelten Sammlung der Ayrerischen kleinen Schriften, welche in den Jahren 1745 u. 52 herausgekommen, nicht anzutreffen.

2) Tübingen, 1739. 8. Sect. IV. Seite 231-304.

§. 4.

Die Quellen dieser Lehre sind, da ausdrückliche Gesetze ermangeln 1), die Analogie des Rechts, die Natur der Sache und der darauf gegründete Gerichtsbrauch.

1) Allgemeine Gesetze haben wir freylich nicht in den römischen Gesetzbüchern, und können sie

auch in selbigen nicht erwarten, da unser heutiger Concursproceß eine ganz andre Gestalt angenommen hat, Herr Hofrath Gmelin vom materiellen Concurse der Gläubiger. Erlangen, 1775. §. 7. wohl aber finden wir in den Provinzialgesetzen hierunter Verordnungen, von welchen die vornehmsten in der Folge dieser Abhandlung beygebracht werden sollen.

§. 5.

Das Wort präcludirt werden 1) — Präclusion kömmt in dem römischen Gesetzbuche selten vor 2), desto häufiger aber in den Schulen der Rechtsgelehrten und in der gerichtlichen Schreibart 3). Es heißt im allgemeinen Verstande nichts anders, als einer gewissen Freyheit, etwas zu thun darum verlustig werden, weil man sich derselben nicht zu der gehörigen Zeit bedienet hat.

1) Um den Sprachgebrauch des Worts praecludere genau zu bestimmen, sehe man den Gesnerischen Thesaurum unter diesem Worte nach.

2) Man findet dieses Wort in L. vlt. C. de acceptilat. Es unterscheidet sich immer noch von excludere, welches letztere in mehrern Gesetzstellen vorkömmt. L. 2 §. D. de except. L. 23. de inoffic. testam. L. 45. §. 2. de aedil. edict. L. 23. de bonis libert. u. a. m.

3) So

3) So sagt man mit seinem Beweise — Replic — Vertheidigung präcludirt werden u. s. w.

§. 6.

Ist dieses der allgemeine Begriff der Präclusion, so ergiebt sich daraus die große Aehnlichkeit derselben und der Verjährung, insonderheit der auslöschenden, allein beyde unterscheiden sich noch immer dadurch, daß ich bey letzterer ein Recht verliere, bey ersterer aber nur ein gewisses Mittel, das mir zustehende Recht auszuführen und geltend zu machen: daß bey dieser das Gesetz die Zeit bestimmt, binnen der ich mein Recht geltend zu machen verbunden bin, bey einer aber der Wille des Richters. Anderer Unterschiede zu geschweigen, welche in der Folge dieser Abhandlung an ihrer Stelle bemerklich gemacht werden sollen.

1) Jacob Rave, de praescriptione §. 1. Schol. II. und daselbst die Anmerk. a) des Herausgebers Herrn Prof. Eichmanns zu Jena.

§. 7.

Wende ich mich zu der Präclusion, welche bey Concursen vorkömmt, so verstehe ich darunter überhaupt nichts anders, als eine Entschließung des Richters, in welcher bey einem Concurse diejenigen, welchen an dem gemeinen Schuldner oder dessen in die Concursmasse gezogenen

zogene Güther Ansprüche zustehen, selbige aber, der an sie ergangenen Aufforderung ungeachtet nicht angezeigt, oder nicht nach der richterlichen oder gesetzlichen Vorschrift betrieben haben, aller Theilnehmung an der Concursmasse völlig verlustig erklärt werden.

1) Dieser Begriff rechtfertigt sich aus dem Sprach- und Gerichtsgebrauch, und wird in den folgenden näher erläutert werden.

§. 8.

Es kann also ein Gläubiger bey entstandenem Concurse sich auf eine zweyfache Art die Präclusion zuziehen, 1) wenn er bey dem Anfange des Concurses sich nicht meldet, und er doch solches zu thun schuldig gewesen 2), wenn er zwar dieses gethan hat, in der Folge aber etwas unterläßt, so zur Deducirung in seiner angegebenen Forderung wesentlich erforderlich war. Denjenigen Nachtheil, welcher aus der ersten Art von Verabsäumung erwächst, nenne ich die eigentliche Präclusion, den auf die andre Art aber zugezogenen Schaden die uneigentliche Präclusion.

1) Diese letztere Art ist freylich eigentlich gar keine Präclusion, und bringt ganz andre Würkungen hervor, wie unten näher gezeigt werden soll. Da man jedoch gemeiniglich auch dieses erlittene Präjudiz eine Präclusion nennet,

net, so habe ich diesen Gegenstand mit in die Grenzen dieser Abhandlung eingeschlossen.

§. 9.

Von beyden Arten wird in gegenwärtiger Schrift gehandelt, und da sich auch bey noch nicht förmlich eröffneten Concursen eine Art von Ausschließung dieses oder jenes Gläubigers denken läßt, so soll in einem eignen Abschnitte davon geredet werden, womit ich eine genauere Auseinandersetzung der Principien der Präclusion in dem besondern Falle verbinde, wenn über eines gemeinen Schuldners Vermögen an mehrern Orten der Concurs eröffnet worden ist. Jeder dieser Gegenstände wird einen besondern Abschnitt ausmachen.

Zweyter Abschnitt.

Von der eigentlichen Präclusion bey einem förmlich eröffneten Concurse.

§. 1.

Da ich unter der eigentlichen Präclusion bey einem förmlich eröffneten Concurse diejenige richterliche Entschließung verstehe, durch welche ein Gläubiger, der bey einem entstandenen Concurse, der gesetzmäßigen Ladung ungeachtet, in dem anberaumten Termine sich nicht gemeldet, ob er schon solches zu thun schuldig war, aller Theilnehmung an den zur Concursmasse gehörenden Gütern und daraus erlangten Geld verlustig wird, so wende ich mich zu der Abhandlung dieses Gegenstandes in der Maaße, daß ich 1) auf den Grund dieser Präclusion und dasjenige, was voraus gehen muß, wenn eine solche Präclusion erfolgen soll. 2) Auf die wahre Beschaffenheit und Würkung derselben; 3) aber auf die Mittel, solche abzuwenden, meine Aufmerksamkeit richte.

Erste Abtheilung.

Von dem Grunde der eigentlichen Präclusion und den Erfordernissen derselben.

§. 1.

Sehe ich zuerst auf den Grund einer Präclusion, so kann solcher nach dem gegebenen Begriffe und der Natur der Sache in nichts andern gesetzt werden, als darinne, daß 1) eine mit allen gesetzlichen Erfordernissen versehene präclusivische Ladung vorausgegangen sey; 2) daß auch der Richter, der solche erläßt, das Recht gehabt habe, diese Aufforderung mit der Würkung ergehen zu lassen, daß derjenige, welcher selbiger nicht gebührende Folge leistet, von der Concursmasse völlig ausgeschlossen werde; 3) daß von Seiten des zu präcludirenden Gläubigers die Liquidirung der zu fordern habenden Post würklich unterlassen, oder doch solche nicht auf gebührende Art bewürkt worden.

§. 2.

Ich wende mich zuerst zu dem zweyten Erforderniß, und widme dieser Voraussetzung eine frühere Untersuchung mit so größerm Rechte, da ich die Principien von der Präclusion in der Folge größtentheils aus der Entscheidung der Frage ableite: in welchem Falle kann ein Rich-

ter bey entstandenem Concurse sub poena praeclusi auffordern, und in welchen Fällen kann er solches nicht thun?

§. 3.

Um diese angegebene Frage zu bestimmen, nehme ich folgende zwey Grundsätze an:

I Der Richter ist befugt, einen jeden aufzufordern, sein Recht, welches er an einer Sache zu haben vermeynt, binnen einer gewissen Zeit bey Verlust desselben auszuführen, und denjenigen, welcher solches verabsäumt, damit zu präcludiren.

II. Weder ein Richter noch ein Schuldner können ordentlicher Weise einen Gläubiger nöthigen, seine Schuldklage früher, als er selbst will, anzustellen.

Beyde Sätze sollen in folgenden erwiesen und näher erläutert werden.

§. 4.

Die Beweisgründe des erstern Satzes sind folgende: Erstlich, so wie die Rechte sehr darauf sehen, daß das Eigenthum einer jeden Sache außer Zweifel beruhe 1), eben so wichtig muß es einem jeden Kaufliebhaber oder Besitzer seyn, zu erfahren, ob und was für dingliche

Rechte

Rechte auf dem Grundstücke, das er besitzt, oder erwerben will, hafften.

Diese Gewißheit würde er erst durch einen dreyßig- bis vierzigjährigen Besitz und dadurch geschehene Vollendung der Verjährungszeit, also nicht selten zu spät erlangen, wenn es nicht einen Weg gäbe, früher zu dieser Wissenschaft zu gelangen, und dieser Weg ist die gerichtliche Aufforderung derjenigen, welchen dergleichen Rechte zustehen 2).

1) L. I. de vsurpat. et vsucap.

2) Diese Vorsicht eines Käufers ist um so nöthiger, da er nicht einmal durch Aufschlagung der Cousensbücher hinlänglichen Unterricht schöpfen kann, indem in solchen die stillschweigenden Hypotheken nicht bemerkt sind und auch nicht bemerkt werden können. Freylich ist dieses eine Inconvenienz, welche aus dem stillschweigenden Pfandrecht entsteht, und es haben solche näher erörtert Herr geheimer Regierungsrath, Joh. August Hellfeld, in progr. de eo quod in hypothec. tacitis aequum vel iniquum est, und in den progr. de eo quod in hypotheca tacita minoribus competente aequum videtur in seinen Opusculis no. XI. XII. p. 265 seq. indessen ist diese Unfüglichkeit einmal vorhanden, welcher in dem Fürstenthum Sachsengotha dadurch abgeholfen worden, daß daselbst durch die neue Proc. Ordn. Th. I. Kap. 37. Art.

Art. IV. §. 4. S. 214. verordnet ist, daß alle diese gesetzliche Hypotheken erlöschen, wenn das Eigenthum des damit beschwerten Grundstücks auf einen dritten übergeht.

3) Ob und in wie weit die Subhastation hierunter den Käufer sicher stelle, lehrt §. 6. Anm. und es ist hiervon umständlich nachzusehen die Hommelische Rapsodie in der dort angeführten Stelle.

§. 5.

Der zweyte Beweisgrund meines Satzes liegt in der Natur der Sache, weil die Nichtfolgeleistung auf eine solche Aufforderung eine stillschweigende Entsagung enthält, außerdem bey einem Concurs die vorhandene Concursmasse niemals sicher unter die bekannt gewordenen Gläubiger vertheilt werden könnte, sondern der Richter und die zur Perception kommenden Gläubiger immer besorgen müßten, daß sich noch in der Folge unbekanntgewesene Gläubiger finden möchten. Diese Besorgniß würde von den übelsten Folgen seyn, und es hat daher, daß solche nicht Statt finde, *Iustinian* selbst gesorgt in dem L. 10. C. de bonis auctorit. iudicis possident. wo es, nachdem der Imperator den modum und tempus missionis in bona debitoris bestimmt hat, heißt: vt non in perpetuum aliorum negligentia illi qui pro suis debitis alacriores creditoribus aliis ostenduntur fuisse praegrauentur.

Die-

Dieser angegebene Gesetzesgrund setzt das Befugniß des Richters zur Präclusionscomminationen bey Concursen außer allen Zweifel.

§. 6.

Den dritten Beweisgrund nehme ich daher, daß der angenommene Satz nicht nur nicht gegen klare Gesetze streitet, sondern vielmehr mit der Analogie derselben übereinkömmt, lehret der L. 6. C. de remiss. pign. ausdrücklich, daß ein Gläubiger sein Pfandrecht verliere, wenn die ihm verpfändete Sache öffentlich veräußert wird, und er, der öffentlichen Erinnerung ungeachtet, sich mit seinem Rechte nicht meldet, so findet diese Entscheidung wegen der Gleichheit des Gesetzgrundes wohl auch bey andern dergleichen Rechten und in allen denjenigen Fällen Statt, wenn der Richter es nöthig findet, gewisse Sachen zur Befriedigung der Schulden ihres Besitzers öffentlich zu versteigern und deshalb die gesetzmäßige Aufforderung derer, welche an dieser Sache ein Recht zu haben glauben, vorausgehen zu lassen. Freylich redet das angezogene Gesetz nur von gegenwärtigen, das ist, von solchen Gläubigern, zu deren Wissenschaft der dort gedachte Anschlag kommen kann, allein bey der unter uns üblichen Edictalienerlassung, bey welcher man unwidersprochen annimmt, daß solche zu jedes Interessenten Wissenschaft gekommen sey, fällt diese Einschränkung des Gesetzes hin-

hinweg, und jeder Gläubiger wird als ein gegenwärtiger angesehen.

1) Mit dieser Gesetzstelle kömmt überein L. 158. de R. I. wo es heißt: „creditor qui permittit rem venire pignus dimittit. Freylich folgt daraus noch nicht, daß jede Veräußerung eine Aufhebung der auf der Sache hafftenden Unterpfänder involvire, und es ist vielleicht das Gegentheil aus den Gesetzen erweislich, L. 8. §. 17. D. quib. modis pignus vel hypothec. solvitur, indessen gehört die Vereinigung der sich entgegenstehenden Stellen des römischen Gesetzbuchs hieher nicht, sondern es sind hier außer einer akademischen Streitschrift des berühmten Herrn Prof Schotts, Hrn. Justizrath Quistorp Beyträge zur Erläuterung unterschiedener Rechtsmaterien. Butzow und Leipzig, 1778. 2tes St. nachzusehen. Genug, daß bey Subhastationibus necessariis die Rechtslehrer einmüthig den Satz annehmen, daß durch solche zwar nicht die auf der Sache hafftende Dienstbarkeiten und Onera, wohl aber die vorher nicht bekannt gemachte Unterpfänder erlöschen. Chursächsis. Mandat wegen der Edictalcitationen in Civilsachen außerhalb des concursus creditorum, d. d. Dresden, den 13. Nov. 1779. §. 1. no. 2. Augustin von Leyßer, in medit. ad Pandect. spec. 239. Herr Hofrath Hommel, in Rhapf. observ. 339. Bene-

Benedict Carpzov, P. I. const. 28. def. vlt. welcher letztere jedoch einige Ausnahme in seinen Decis. Part. III. dec. 283. no. 19 seq. an die Hand giebt. Im übrigen ist dieser Satz in dem Falle noch mehr außer Zweifel, da ein Grundstück wegen einer darauf hafftenden Schuld in den gemeinen Schatz veräußert wird. L. 8. C. de remiss. pignor. denn hier bedarf es nicht einmal der Ausrufung, die in andern Fällen nach der L. 6. cod. geschehen muß, sondern es heißt hier: qui a fisco emit. statim securus est. Herr Prof. Westphal in der Erläuterung der römischen Gesetze vom Pfandrecht. §. 235. S. 343. Doch leidet diese Regel sonst ihre Ausnahme, und erst post quinquennium kann der, welcher von dem Fiscus eine fremde Sache gekauft hat, den Eigenthümer exceptione repelliren, nach dem Edict des Diui Marci L. 3. C. si aduersus fiscum.

§. 7.

Der vierte Beweisgrund des angenommenen Satzes liegt in der unbestrittenen Regel des natürlichen und bürgerlichen Rechts: es ist billiger, daß derjenige den Schaden trage, der auch nur durch eine entfernte Schuld dazu Gelegenheit gegeben, als derjenige, der gar keine Nachläßigkeit bey einer Sache hat vorkommen lassen. 1)

1) Der

1) Der Vorwurf einer Nachläßigkeit fällt von den zur Perception kommenden Gläubigern völlig weg, sobald sie alles gethan haben, was die Gesetze zur Berichtigung des Schuldenwesens erfordern. Dagegen ist der außengebliebene Gläubiger hiervon nicht frey, sondern es ist allemal, bald mehr bald weniger Fahrläßigkeit, wenn sich der Gläubiger nicht bekümmert, wie es mit seinem Schuldner stehe.

§. 8.

Endlich steht auch unserm angenommenen Satze der allgemeine Gerichtsbrauch vollkommen zur Seite. So wird bey einer Erbschaft, zu welcher die nächsten Erben nicht bekannt sind, von dem Richter eine Aufforderung unter dem gewöhnlichen Präjudiz nicht nur erlassen, sondern auch denjenigen, welcher unter denen angegebenen das nächste Recht hat, die Erbschaft überlassen: Eben so geschieht es mit dem Vermögen eines Verschollenen: desgleichen ist der Fall sehr gewöhnlich, daß wenn auf Grundstücken noch ungelöschte Schulden und Hypotheken hafften, der Besitzer die Edictalvorladung ausbringt, und die nicht erschienene nach vorgängiger Ungehorsamsbeschuldigung für verloschen geachtet, und die Consense caßiret worden.

1) Dd. ad tit. Digest. de hereditatis petitione, zuweilen geschieht es auch, daß ein Richter die Güter eines, der ohne bekannte Erben verstorben

ben

ben ist, in obrigkeitliche Verwaltung nimmt, um die sich vorfindende bekannte, die Erbschaftsmasse übersteigende Schulden nach ihren Vorzugsrechten davon zu bezahlen. Ist dieser Fall vorhanden, so bedarf es freylich keines Proclama, in Ansehung derjenigen, welche etwa ex capite hereditatis einen Anspruch zu machen gedächten, demohnerachtet aber ist es räthlich, diejenigen, welche ex alio capite etwas zu fordern haben, durch gewöhnliche Edictalien aufzufordern. Geschieht solches, so wird sodann wie bey einem ordentlichen Concurse verfahren, geschieht es aber nicht, so meynt zwar der Herr Hofrath Hommel in rhapsod. obs. 398. daß solchen Falls, dafern die Masse nicht sehr beträchtlich ist, die nachher sich findende Gläubiger kein Recht hätten, die geschehene Auszahlung der bekannt gewesenen Creditoren oder den unter ihnen getroffenen Zahlungs- und Perceptionsplan anzufechten: allein diese Meynung scheint mir durch den angeführten Grund, daß nämlich hier der Richter als ein Erbe sub inuentario anzusehen sey, und daher den tardius venientibus, sobald die vires hereditatis erschöpft, dafern nur dabey kein Betrug vorgekommen, nicht weiter responsabel sey, und durch die L. 22. §. 4. C. de jure deliber. nicht genugsam unterstützt. Die Obliegenheit des Richters geht ohne Zweifel hier weiter als die des Erben, und es scheint also die Rechtsregel damnum potius debet is cuius

aliqua est culpa quam is cuius nulla est, dem Gläubiger, dem einige Schuld nicht beygemessen werden kann, gegen den Richter zu Statten zu kommen. Zum wenigsten kann der Gläubiger, welcher sich noch vor geschehener Auszahlung, obschon nach berichtigtem Plane meldet, sein Recht an seine Stelle zu treten, und also nach Befinden andere von denen bekannten auszuschließen, oder mit selbigen pro rata zu concurriren, nicht abgesprochen werden, indem man nicht von ihm sagen kann, daß er iusto tempore sich nicht gemeldet habe. Von der in einem solchen Fall abseiten des zur Perception gekommenen Gläubigers stattfindenden Ausflucht der Verjährung siehe unten dritte Abtheilung §. 30.

2) Dieser Fall ist in unsern Tagen sehr gewöhnlich, und zeigt nicht eben von einer großen Ordnung unserer Vorfahren, in Haltung der Consens- und Confirmationsacten. In Chursachsen existirt hiervon eine eigne Verordnung in dem Codice Augusteo, und es ist neuerlich unterm 13ten Nov. 1779. ein besondrer Befehl hierunter emaniret worden, in welchem verschiedene Abänderungen gemacht sind, und der modus procedendi genau vorgeschrieben ist. In andern Ländern, z. B. in Schlesien, muß solchenfalls der Ausbringer der Edictalien annoch ein sogenanntes iuramentum diligentiae prästiren.

§. 9. Ich

§. 9.

Ich wende mich zu dem zweyten angenommenen Satze: daß nämlich weder der Richter noch ein Schuldner den Gläubiger ordentlicher Weise nöthigen könne, seine Schuldklage früher, als er selbst will, anzustellen, und gründe mich zu dessen Beweis darauf, daß erstlich an sich Niemand zum Klagen gezwungen werden könne, und daß zweytens es weder in der Macht des Richters stehe, noch weniger in der des Schuldners, die in den Gesetzen zu Anstellung einer Klage gegönnte Frist zu verkürzen.

§. 10.

Der erstere Beweisgrund rechtfertigt sich aus den Gesetzen, und die zwey Ausnahmen, welche bey den iudiciis prouocatoriis gemacht worden, sind Ausnahmen, welche die Regel selbst bestärken und ordentlicher Weise bey einem Concurse die Aufforderung bey Verlust des habenden persönlichen Rechts nicht begründen, weil die Provocation ex L. Diffamari allemal eine Diffamationsbescheinigung zum Voraus setzt, und die Provocation ex L. si contendat ihrer Natur nach bey einem Concurs ungemein selten Platz greifen kann, und zum wenigsten nur gegen die zu richten ist, welche vermeintliche, nicht aber wider diejenigen, welche gegründete Ansprüche machen.

1) Es ist also nach diesen Principien zu weit gegangen, wenn der Herr geheime Regierungsrath Hellfeld in seiner iurisprud. forensi §. 532. behauptet, daß eine jede richterliche Aufforderung zu Ausführung der habenden Rechte und Ansprüche die Obliegenheit zu klagen mit sich bringe. Diese Meynung widerlegt sich gleich dadurch, daß nach den Gesetzen und der Praxi das Nichtliquidiren eines Gläubigers bey einem Concurse auf geschehene Vorladung wohl die Ausschließung von der dermaligen Concursmasse, keineswegs aber den Verlust des habenden persönlichen Rechts, nach sich zieht, wie zu seiner Zeit mit mehrern gelehrt werden soll.

§. 11.

Ich werde diese Principien in der Folge auf die Lehre von Concursen anwenden und verschiedene Sätze daraus herleiten. Gegenwärtig bemerke ich nur, daß

I. ein Richter nie ein Präjudicium anzudrohen Macht habe, welches nicht in den Gesetzen selbst auf die Unterlassung einer vorgeschriebenen Handlung gesetzt ist, und daß, wenn solches geschieht, eine solche Androhung unkräftig sey.

II. Daß also die Commination bey der Ladung in einem Concurs nicht auf den Verlust der Forderung selbst — nicht auf die Auflegung

eines ewigen Stillschweigens, sondern nur auf die Ausschließung von der gegenwärtigen Concursmasse gerichtet werden kann 2).

1) Herr Hofrath Hommel in seiner Rhapsodie obs. 106. 585. und 617. und die daselbst angeführten Rechtslehrer.

2) Dieses ist eine natürliche Folge des im vorherigen §. 9. und 10. aufgestellten Satzes, und wird unten sowohl näher erläutert, als gegen die Meynung des Augustin Leyßers und andrer gerechtfertigt.

§. 12.

Gehe ich zurück auf das erstere Erforderniß einer rechtmäßigen Präclusion, die Erlassung einer mit allen gesetzlichen Eigenschaften versehenen Ladung, so sehe ich hiebey theils auf die Absicht und den Endzweck der Vorladung, theils auf den Richter, welcher solche erläßt, theils auf die Form und Innhalt derselben, theils und vornehmlich aber auf diejenigen Personen, an welche selbige gerichtet wird.

1) Die Vorladung der Gläubiger ist bey einem jeden Concurse, so wie bey allen andern Proceßarten wesentlich nothwendig. Denn daß einige Rechtslehrer die Citation mit Christian Wildvogeln in diss. de citatione ad processum non necessaria, Jena, 1713. für ein außerwesentliches Stück des Processes halten, ist ein Wort-

streit,

streit, indem selbige den Fall zum Grunde legen, daß der Beklagte sich freywillig vor Gerichte einfinde.

§. 13.

So viel die Absicht und den Endzweck der Ladungen bey Concursen angeht, so bestehen solche darinne, daß

I. allen denen, welchen daran gelegen seyn kann, bekannt werde, daß der gemeine Schuldner in Concurs verfallen sey;

II. daß alle an dem gemeinen Schuldner zu machende Forderungen zu des Richters Wissenschaft kommen, und durch Vernehmung des Schuldners oder des bestellten Widersprechers ein richtiger status actiuus et passivus formirt werden möge, damit

III. der Richter dadurch in den Stand gesetzt werde, die zur Concursmasse gehörende Sachen und Güter nicht nur sicher veräußern, sondern auch das daraus gelösete Geld rechtsbeständig unter die vorhandenen Gläubiger vertheilen zu können.

Alles dieses rechtfertigt sich aus der Natur der Sache von selbst, und wird in den folgenden ein näheres Licht erhalten.

1) Es erhellet hieraus, daß die Ladung bey Concursen nur eine monitorische sey, worüber alle

alle Rechtslehrer übereinkommen. Johann Brunnemann in processſ. concurſ. Cap. II. §. 1. p. 27. Da im übrigen eine jede Citation die Jurisdiction des Richters, der sie erläßt, perpetuirt L. 16. D. de iurisdict. so gilt dieses auch von der Ladung in Concursen, und eben so ist es auch mit der Litispendenz.

§. 14.

Sehe ich hiernächst auf denjenigen, welcher die Citation erläßt, so ist dieses derjenige Richter, welchem der gemeine Schuldner in erster Instanz unterworfen ist 1). Es ist dieses nicht nur der Analogie des Rechts vollkommen gemäß 2), sondern es behaupten auch die Rechtsgelehrten einstimmig, daß dieser Gerichtsstand alle andre einzelne Schuldprocesse, in welcher Lage sie sich auch befinden, an sich ziehe. Doch leidet freylich dieser Satz in dem Falle seine Ausnahme, wenn unter einem andern Territorialherrn ein Theil der Güter gelegen ist 3).

1) Ob ein gemeiner Schuldner als eine persona miserabilis anzusehen, und nach dem, dieser Art von Leuten zuständigen besondern Recht darauf, daß sein Schuldwesen vor dem Oberrichter gleich Anfangs erörtert werde, zu provociren befugt sey, ist eine Frage, welche zwar der berühmte Herr Hofrath Hommel in rhapsod. obs. 617. bejahend entscheidet, aber dennoch wichtigem Zweifel unterworfen ist, da

alle Privilegien als Abweichungen von gemeinen Rechten einer engern Auslegung unterworfen sind; zum wenigsten setzt eine solche Berufung eines Schuldners zum Voraus, daß er ohne seine Schuld in Concurs verfallen, und also Mitleids würdig sey.

2) arg. L. 10. C. de iudiciis, welches Gesetz gar schön erläutert Johann August Bach in diss. de causis coniunctis, Leipzig, 1774.

3) Von diesem Falle wird unten besonders gehandelt.

§. 15.

Sehe ich auf die Form dieser Ladung, so geschieht solche entweder auf die Art, daß der Richter die bekannten Gläubiger durch eine an sie gerichtete Specialcitation convocirt: oder durch Edictalien an bekannte und unbekannte Gläubiger zugleich: oder so, daß beyde Arten, die ordentliche und subsidiarische Ladung mit einander verbunden werden.

§. 16.

Die Edictalcitation ist nicht leicht zu unterlassen, selbst in dem Falle nicht, wenn die vorhandne Masse durch die Realschulden absorbirt wird, weil es leicht geschehen kann, daß stillschweigende Hypotheken sich in der Folge finden, welche eben so viel Recht, oder wohl

gar

gar nach Befinden ein Vorzugsrecht vor den bekannten hypothecarischen Gläubigern zusteht.

Ob aber die Specialvorladungen der bekannten Gläubiger unterlassen werden könne, und es an der Edictalcitation genug sey, ist eine Frage, darüber die Rechtsgelehrten nicht völlig überein kommen.

1) Joh. Jacob Ludovici im Concursproceß, Kap. III. §. 2. Dieses ist um so mehr in Acht zu nehmen, da die stillschweigenden Unterpfänder mit den ausdrücklichen gleiche Rechte genießen. Ernst Christian Westphal Versuch einer systematischen Erläuterung der römischen Gesetze vom Pfandrechte Kap. VII. §. 167. S. 246. und es verschiedne prioritätische Schulden giebt, welche nicht zu des Richters Wissenschaft zu kommen pflegen, und doch sogar den wirklichen Consensen vorgehen, als Begräbnißkosten, Liedlohn, das lostrum der letzten Krankheit u. s. w.

2) Zum wenigsten darf der Richter, welcher aus Schonung gegen die bekannten Gläubiger die Kosten der Edictalienerlassung ersparen will, sich nicht blos darauf verlassen, daß der gemeine Schuldner sein zu den Acten gegebenes Schuldenverzeichniß eidlich bestärkt habe. Sicherer geht er, wenn er solchen Falls des gemeinen Schuldners Eheweib — einen oder sämmtliche Gläubiger Caution leisten läßt, im Fall sich mehrere

Schulden in der Folge finden sollten, die Creditmasse, oder der Richter gegen solche zu vertreten. David Mevius ad ius Lubec. Lib. III. tit. 1. art. 10. Da aber hierunter eine Abweichung von der vorgeschriebenen Proceßform geschieht, so scheint es räthlich, daß im vorliegenden Falle bey den Landescollegien von dem Unterrichter berichtlich angefragt werde.

§. 17.

Die mehresten verneinen solche, und es gehören hierher Salgado de Samoza 1), Joh. Blum 2), dagegen andre die bloße Edictalcitation für hinlänglich halten, als Heinrich von Cocceji 3), noch andre aber einen Mittelweg gehen, und mit David Mevius die Edictalien in dem Falle für allein hinreichend achten, wenn die Zahl der Gläubiger sehr groß ist, viele davon entfernt sind, und also die Insinuation besondrer Ladungen mit großer Beschwerlichkeit verknüpft wäre. Endlich erfordern einige Rechtslehrer mit Joh. Brunnemann 5) die Specialcitation wenigstens bey Wittwen, Unmündigen und piis corporibus.

1) In Labyrinth. Credit. P. I. Cap. I. no. 34.

2) Form. suppl. camer. p. 494.

Eben so auch der oftangezogene Schaumburg in princip. prax. iudic. Lib. II. Cap. VIII. §. 4.

3) In

3) In iure controv. P. II. p. 495. quaest. 16.

4) Part. VIII. dec. 251. no. 3. et 5. womit jedoch zu verbinden ist Idem in discuss. leuamin. inopiae debitor. Cap. III. no. 121.

5) In process. concurs. Cap. II. §. 2. Johann Jacob Ludovici im Concursprocesse Kap. III. per tot.

§. 18.

Die erstere Meynung scheint der Analogie der Rechte und der Natur der Sache am gemäßesten, indem I. nach päbstlichen Rechten, welchen in processualibus am meisten nachgegangen wird, ausdrücklich verordnet ist, daß nur in dem Falle Edictalvorladungen Platz greifen sollen, wenn der, an welchen die Citation gerichtet ist, die Insinuation derselben verweigert, oder solche nicht wohl und sicher behändiget werden kann; II. sehen die Rechte die Edictalcitation überhaupt als eine subsidiarische an, welche nur alsdenn statt findet, wenn es unmöglich ist, daß die ordentliche Platz greife; III. behaupten die Rechtslehrer, daß diese Art von Ladungen quodammodo ignominiosa sey, und dahero bey Personen, deren Aufenthalt bekannt ist, nicht angewendet werden dürfe; IV. lehrt die Erfahrung, daß die Unterlassung der Specialvorladung mehrentheils Klagen und Beschwerden nach sich ziehe. Es ist daher immer sicherer, diesen kleinen Aufwand nicht zu schonen, sondern die Edicta-

lien

lien mit der Currentcitation an die bekannten Gläubiger zu verbinden.

1) Von dieser Materie handelt Joachim Frick de edictali creditorum citatione, vulgo proclamate Kilon 1729.

2) Clement. 1. de iudiciis v. praefatum modum add. Clem. vnic. de foro competente et cap. 10. de dolo et contumacia.

3) Joh. Philipp Slevogt, de extraordinaria citatione, Jena, 1704. Joh. Gottfr. Schaumburg in compendio Digest. Lib. II. tit. 4. §. 7.

4) Herr geheimer Regierungsrath Hellfeld in iurisprud. forensi §. 223. Joh. Jacob Ludovici in Doctrina Pandect. Lib. II. tit. IV. §. 5.

5) Zum wenigsten kann man aus dem Nichtliquidiren eines solchen Gläubigers, welcher namentlich vorgeladen worden ist, eine Entsagung der Theilnehmung an dem Concurse mit besserm Recht folgern, als aus dem Außenbleiben derer, die nur durch den öffentlichen Aufruf geladen worden.

§. 19.

Ein allgemeiner Gerichtsbrauch in diesem Puncte läßt sich nicht angeben, sondern es ist hierbey auf die Gesetze eines jeden Landes zu sehen.

hen. Selbst bey den höchsten Reichsgerichten scheint hierunter praxis incerta zu seyn.

1) Herr Reichscammergerichtsassessor von Cramer Abhandlung, was *immediati* zu beobachten, wenn sie in den höchsten Reichsgerichten *Citationem edictalem contra quoscunque creditores impetri*ren wollen, in dessen wetzlarischen Nebenstunden Th. XI. womit zu verbinden ist: Ebenderselbe in der Abhandlung von der rechtlichen Beschaffenheit und den Würkungen einer Edictalcitation *creditorum cuiusdam immediati*, in den Nebenstunden, Th. XXII. p. 127. Es verneinet zwar selbiger, daß auch creditores certi per proclama citirt, und wenn sie nicht erscheinen, präcludirt werden können, und behauptet diese Meynung in obs. iur. Tom. I. obs. 221. p. 520. allein Friedrich Wilhelm Tafinger in instit. iurisprud. cameral. §. 882. asseriret das Gegentheil. Zum wenigsten greift das Argument, welches von der Aehnlichkeit der Edictalcitation und der Provocation ex Lege diffamari hergenommen ist, keinesweges Platz, da bey erstern die Diffamation und die Bescheinigung derselben vermißt wird, auch das Silentium perpetuum wohl bey dem Diffamationsprocesse, keinesweges aber bey der Verabsäumung der Edictalcitation statt findet, wie unten mit mehrern gezeigt werden soll.

§. 20. In

§. 20.

In den chursächsischen Landen war zwar ehedem die besondre Vorladung der bekannten Gläubiger erforderlich 1); gegenwärtig aber bedarf es blos der Edictalcitation 2); in dem Fürstenthum Gotha 3) muß die Citation der bekannten Gläubiger mit der Edictalcitation verbunden werden 3); eben dieses war vormalen in dem Fürstenthum Altenburg Rechtens 4); allein in dem Mandat von Abkürzung des Concursprocesses ist hierunter eine Aenderung gemacht, und die Specialvorladung der bekannten Gläubiger aufgehoben worden 5). Was in Pommern und Magdeburg üblich sey, lehret Johann Jacob Ludovici 6). Von den königlich preußischen Landen überhaupt aber ist die 7) Concurs- und Hypothekenordnung nachzusehen.

1) Erledig. der Landesgebrechen von 1661. §. 10.

2) Erläut. Proc. Ordnung Tit. 41. §. 2.

3) Neue Proc. Ordn. Th. I. Kap. 37. Art. II. §. 1. Bekannte Gläubiger werden daselbst diejenigen genannt, „welche sich bey dem Richter bereits „gemeldet, oder auf Grundstücke, so unter „dessen Jurisdiction gelegen, ausdrückliche oder „mit seinem Vorbewußt stillschweigende Hypo„theken erlangt haben.“

4) Proc. Ordn. Th. I. Kap. 37. §. 5.

5) Vom 8. Jenner 1770. Beyfugen zur Landesordnung, zweyte Sammlung Seite 309. §. 5. und obwohl in diesem Gesetz eigentlich mit ausdrücklichen Worten die Specialcitation der bekannten Gläubiger nicht aufgehoben worden, sondern es nur heißt: „es soll hiernächst, zu Ersparung der Kosten, die ausdrückliche Citation der bekannten Gläubiger mit denen Edictalien zugleich ausgefertigt, jedoch sowohl vor die bekannte als die unbekannte nur ein Termin, so eine doppelte, oder in besonders wichtigen Sachen dreyfache sächsische Frist in sich fassen soll, angesetzt, und derjenige, welcher sich in solchem nicht meldet, ohne Unterschied, er sey bekannt oder unbekannt, *pro praecluso ipso iure* geachtet werden:“ So ist doch der im §. angegebene Sinn des Gesetzes um so weniger zu bezweifeln, da eines Theils der angegebene Gesetzesgrund, nämlich die Ersparung der Kosten, dieses bezeugt, andern Theils es in fine eiusdem §. heißt: daß also künftighin alle Requisitionen fremder Obrigkeiten wegfallen sollen.

6) In dem Concursproceß, Kap. III. §. 5. und 6.

7) §. 113.

§. 21. Der

§. 21.

Der Innhalt der Vorladungen bey einem Concurse besteht 1) in der Aufrufung der Gläubiger zu Angebung ihrer Forderung auf einen gewissen Tag — Pflegung gütlicher Handlung und Bestellung Gevollmächtigter für die Zukunft; 2) in der Androhung eines Präjudiz im Fall des Außenbleibens.

§. 22.

Ob die Edictalcitation dreymal wiederholt werden müsse — was sie für eine Frist enthalten solle, ingleichen die Art und Weise der Bekanntmachung sind Fragen, deren Entscheidung aus jedes Landes Gesetzen und Gerichtsbrauch hergenommen werden müssen, und welche also hier übergangen werden. Was desfalls in foro communi die Observanz sey, ist aus Joh. Gottfr. Schaumburg 1), Joh. Jacob Ludovici 2) und Jacob Brunnemann 3) ersichtlich.

1) In princ. prax. iudic. Lib. II. Cap. VIII. §. 11. seq.
2) Im Concursproceß Kap. III. per tot.
3) Im angef. Buche Kap. II. per tot.

§. 23.

Das Präjudiz, welches der Citation inserirt zu werden pflegt, kann in nichts andern bestehen, als in der Ausschließung von der zu constituiren-

stituirenden Concursmasse, (poena praeclusi) keinesweges aber in der Auferlegung eines ewigen Stillschweigens.

1) Es rechtfertigt sich dieses aus den oben §. 3. seq. festgesetzten Grundsätzen, und wird in den folgenden weiter ausgeführt. Es ist also ein unschicklicher Ausdruck, wenn, wie es an vielen Orten dennoch geschieht, **der Verlust der Forderung** angedrohet wird.

§. 24.

Nach gemeinen Rechten ist die Androhung des Verlusts der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand von keiner rechtlichen Wirkung, indem 1) kein Gesetz vorhanden ist, welches den Richter zur Androhung dieses Präjudiz berechtigt; 2) dem Gerichtsbrauch nach diese Rechtswohlthat des angegebenen Präjudiz ohngeachtet, dem säumigen Gläubiger gar oft ertheilt zu werden pflegt. Ein andres aber ist es, wenn die Provinzialgesetze diese Commination anbefehlen.

1) In wie weit die Restitution bey einem Concurse statt finde, lehrt die folgende dritte Abtheilung per tot. und ist im übrigen dasjenige nachzusehen, was oben §. 11. angeführt worden.

2) Beyspiele hiervon sind beym **Jacob Brunnemann** im angeführten Buche Kap. I. §. 5. Kap. 7. §. 26. und folgende ersichtlich.

3) In der gothaischen Proceßordnung ist in der vorhin angeführten Stelle verordnet, daß die Androhung des Verlusts der Restitution den Edictalien jedesmal inserirt werden soll, und ein nachher angebrachtes Restitutionsgesuch wird von dem Richter ex officio verworfen, dagegen die altenburgische Proc. Ordnung am angef. Orte die Restitution, bis der Designationsabschied die Rechtskraft erlangt hat, zuläßt.

§. 25.

Sehen wir nunmehr auf diejenigen Personen, welche die bey Concursen erlassen werdende verbinden, so sind solches eines Theils, der gemeine Schuldner, andern Theils aber alle diejenigen, welche an dem in Concurs verfallenen Schuldner einige Ansprüche zu machen gedenken. Der erstere gehört hieher nicht, dagegen verstehen wir unter letztern alle diejenigen, welche ein Recht an dem Schuldner *ex iure crediti*, oder dessen in Concurs begriffenen Gütern zu haben und solches auszuführen gedenken, als welche sämmtlich unter dem allgemeinen Namen der Creditoren begriffen sind.

1) Die gesetzliche Bedeutung des Worts Creditor, lehrt uns Bajus in L. II. de verb. sign. wenn er sagt: creditorem appellatione non hi tam tum accipiuntur qui pecuniam crediderunt, ſed omnes quibus ex qualibet cau-

sa debetur. Ulpian erstreckt dieses in dem darauf folgenden Gesetz, wenn er zu jenen annoch hinzufügt: vt si cui ex emto vel ex locato vel ex alio vllo debeatur, und mit diesem kömmt dasjenige überein, was der L. II. h. t. umständlicher auseinander setzt. Man verbinde hiermit den L. I. II. de rebus creditis und Andreas Alciatus comment. ad hunc titulum in ej. tract. de verb. significatione, Franos 1582. — p. 231. seq. Barnabas Brisson de verbis signif. h. v. Im engern Verstande bedeutet das Wort Creditor einen solchen, der eine Geldschuld zu fordern hat, Hr. Hofrath Hommel in Rhaps. obs. 535.

§. 26.

Der Regel nach müssen sich also alle diejenigen in dem anberaumten Liquidationstermine melden, welche an des Schuldners Person oder Gütern Anforderung zu haben vermeynen; es mögen nun solche Forderungen aus einem persönlichen oder dinglichen Recht, oder auch aus einem Verbrechen herrühren: 1) sie mögen bedingt oder unbedingt, 2) schon gefällig oder nicht gefällig seyn; 3) es mag das Recht ein schon jetzt gültiges seyn oder erst in der Zukunft bey Eintretung gewisser Fälle geltend werden; 4) es mag schon deshalb geklagt seyn oder nicht; 5) es mag solche Prästationen zum Vorwurf haben, welche auf einmal getilgt werden können, oder solche,

welche auf lange Zeit oder auf immer prästirt werden müssen 6): denn alle diese Ansprüche müssen dem Richter bekannt seyn, wenn er bey Veräußerung der Güter und Vertheilung der Concursmasse darauf Rücksicht nehmen soll.

1) Es giebt eine Art von Rechten und Verbindlichkeiten, welche weder aus einer erlaubten noch unerlaubten Handlung, noch aus einem Vertrage herrühren, sondern aus einer von dem Gesetz bestätigten Billigkeit, oder wie L. I. de oblig. et action. sagt ex variis causarum figuris herrühren. Auch diese machen einen Gegenstand der Liquidationen bey Concursen aus, und man findet davon Beyspiele in des Herrn Prof. **Püttmann** quaest. forens. spec. I. Cap. II.

2) Beyspiele hievon finden sich bey den bedingten Vermächtnissen, Verträgen u. s. w. Freylich kann solchen Falls conditione nondum existente die Bezahlung der Forderung selbst nicht begehrt werden, allein da die Creditmasse in die Rechte und Verbindlichkeiten des Schuldners tritt, so kann und muß der, welchen ein solches Recht zusteht, auf die Sicherheitsbestellung und Aussetzung eines so viel betragenden Quanti als seine dereinstige Forderung, wenn die Bedingung zu seinen Gunsten eintritt, betragen dürfte, mit Rechte dringen. **Christian Gottlieb Gmelin** Lehre von der Ordnung der Gläubiger, Einl. §. 4. S. 8. und es kann

kann solchen Falls nicht, wie außer dem Falle eines Concurses geschehen würde, erkennt werden. „daß das Suchen zur Zeit nicht Statt hat.“ Dieser Fall tritt nicht selten bey Eheweibern der gemeinen Schuldner ein, als welche noch bey Lebzeiten ihres Mannes ihr bedungenes Witthum fordern. Freylich erhalten sie solches in der Regel eher nicht, als bis der Todesfall des Mannes eintritt, allein da die Absicht der Bestellung eines Witthums offenbar darinnen liegt, daß die Frau alsdenn, wenn der Mann stirbt, und sie also nicht mehr ernähren und unterhalten kann, habe, wovon sie leben könne, so sollte ich davor halten, daß dieser Fall auch da schon vorhanden sey, wenn der Mann zwar noch am Leben, aber in einen solchen Abfall der Nahrung gekommen ist, daß er die onera matrimonii ferner zu tragen ausser Stande sich befindet. Wenigstens kann die Frau sodann auf die Donationem propter nuptias dringen, welche vornehmlich zum Endzweck hat, vt secura sit mulier de alimentis sibi et liberis quam diu matrimonium durat praestandis L. 29. C. de iure dotium. Joh. Gottlieb Heineccius in Dissertat. Vxor romana, per p. n. donat. de alimentis secura tantum. Sie kann gleichergestalt ihr Heyrathsgut nunmehr zurück fordern, L. 73. §. 1. D. de iur. dot. L. 24. D. pr. solut. matrim. L. 29. 30. C. de iure dotium Nov. 97. cap. 6. Ley-

 ser

ser spec. 317. med. 1 - 4. Decis. elect. nova 6. altenburg. Proceßordn. Th. I. Kap. 37. §. 19. S. 255. und auf alle Fälle geht der Vsus fructus bonorum vxoris nicht auf die Gläubiger über. Joh. Salomon Brunquell in diss. de vsu fructu mariti in rebus vxor. moto super illius bonis concursu credit. cessante, in dessen opusculis, welche Herr Professor König zu Halle herausgegeben hat. Tom. II. p. 667. mit welchem zu verbinden ist Gottfried Ludewig Mencken in diss. de vsu fructu mariti ad inopiam redacti in bonis vxor. Falls eine Ehefrau aber weder Heyrathsgut eingebracht, noch eine Donationem p. n. sich bedungen hat, so kann ihr, meines Ermessens, die sofortige Entrichtung des Witthums, wenn solches legal bedungen worden, nicht füglich versagt werden, daferne nicht der Mann durch seinen Verdienst, fortgehende Besoldung u. s. w. sie ferner zu unterhalten vermag. Es ist dieses um so billiger, da sogar inopia mariti in unsern Tagen als eine iusta causa separationis coniugum angesehen wird. Siehe Hr. Prof. Püttmann in advers. iur. vniuersi Lib. I. Cap. VIII. p. 135.

3) Auch dieses erhellet aus der Absicht und Ursache der Citation bey Concursen mehr als zu deutlich, und es wird bey diesem Falle eben so gehalten, wie in der vorigen Anmerkung angegeben worden ist. Es versteht sich hierbey von

von selbst, daß bey alle den Fällen, wo erst in einer gewissen Zeit oder unter Eintretung eines gewissen Falls die Verbindlichkeit zu einer gewissen Prästation existent wird, ein gewisses Quantum ausgesetzt werde, wovon bis dahin die Creditoren die Zinsen ziehen, und nach Befundenheit der zum Grunde liegenden Obligation in einer gewissen Zeit den Rückfall wieder zu gewarten haben: doch ist es sehr gewöhnlich, daß solchen Falls durch ein gütliches Abkommen diese lange Ungewißheit vermieden werde, und es haben nach der Natur der Sache hierbey diejenigen Gläubiger allein zu sprechen, welche nach der Zeitfolge oder Qualität ihrer Forderungen auf diesen einstweiligen Zinnßertrag oder dereinstigen Kapitalrückfall die Anweisung erhalten, immaßen dergleichen künftige Prästationen an sich die Ertheilung eines Distributionsabschiedes nicht aufhalten.

4) Es gehört hieher der fideicommisse Erbe in dem Falle, wenn über das Vermögen des Fiduciarerbens ein Concurs entsteht. „Solchenfalls müssen die Gläubiger, da alle Verbindlichkeiten des gemeinen Schuldners auf sie transferirt worden, die Fideicommißerbschaft in saluo lassen, und genießen nur so lange, bis die Restitutionszeit kömmt, die Nutzungen. Doch ist kein Zweifel, daß auch alsdenn die Gläubiger die Quartam Trebellian. abziehen können.

5) Sind die Forderungen bereits klagbar, so hören die Specialprocesse, wenn es eigentliche Schuldsachen sind, auf, und es müssen diese Rechtshändel regulariter in dem iudicio concursus vollends ausgeführt werden. Doch leidet dieses nicht selten eine Ausnahme, sowohl, wenn die Specialprocesse außer Landes anhängig sind, z. B. eine Hypothekenklage in foro rei sitae, eine Entschuldigungsklage in foro delicti commissi und deprehensionis, eine Contractsklage in foro contractus, als auch innerhalb Landes bey weitläuftigen Schuldprocessen, welche sich nicht in die Gränzen eines iudicii Summarii, dergleichen der Concursproceß ist, zwingen lassen: ingleichen wo den übrigen Gläubigern sehr daran gelegen ist, daß für ihren gemeinen Schuldner nicht etwa eine condemnatorische Sentenz erfolge. Betreffen solche bereits anhängige Processe vollends gar Ansprüche an des Schuldners Gütern, z. B. Eigenthumsklagen, streitige Servituten u. s. w. so müssen solche als causae ordinariae auf allen Fall besonders ventilirt werden. Die sämmtlichen Gläubiger sind solchen Falls als mandatarii in rem suam anzusehen, müssen einen solchen Proceß ordentlich reassumiren, und durch den Curatorem litis oder einen andern Actorn betreiben. Zuweilen führt ihn der Schuldner auf Verlangen der Creditoren vollends hinaus, weil ihm die mehreste Kenntniß der Sache beywohnt.

6) Zu

6) Zu dieser Art von Creditis gehören unter andern die Gültgläubiger, die Auszügler, diejenigen, so Leibrenten zu fordern haben, ingleichen die Legatarien, welchen legata annua gebühren. Auch diese müssen sich melden, und es muß für ihre Sicherheit und die Bezahlung der jedesmaligen Abrichtungen gesorgt werden. Von den Auszüglern und dem Rechte der Gülten sehe man mit mehrern nach den **Versuch einer genauern Bestimmung des Rechts wiederkäuflicher und unableglicher Zinsen bey entstandenem Concurs der Gläubiger. Altenburg,** 1778.

§. 27.

Da die Absicht der Vorladung der Gläubiger bey Concursen vornehmlich darinne besteht, daß die sämmtlichen Ansprüche an des gemeinen Schuldners Person und Gütern zu des Richters Wissenschaft komme, so folgt daraus:

I. daß hypothecarische Gläubiger, welche ihre Consense bey eben dem Richter, welcher dermalen das forum concursus ausmacht, erlangt haben, zwar nicht absolut verbunden sind, ihre Hauptstämme anzugeben, wohl aber die Zinsenrückstände, wenn dergleichen vorhanden.

II. daß eben dieses in Ansehung dererjenigen Rechtens sey, welche vor eben demselben Richter durch Vorbehalt der Hypothek ihre Kauf-

gelderrückstände, Erbegelder oder Auszüge gesichert haben.

III. Daß eben dieses auch von denenjenigen Schulden gelte, welche zwar ursprünglich Handschriftschulden waren, nachher aber von dem gemeinen Schuldner bey Erkaufung seiner Grundstücken in partem pretii non soluti mit übernommen worden:

IV. Daß es eine gleiche Beschaffenheit mit denenjenigen Schuldnern habe, welche in Ansehung ihrer Forderung durch die Immißion bey eben dem Gericht, welches das forum concursus ist, ein dinglich Recht erlangt haben.

1) Es ist daher eine nothwendige Sache, daß ein Richter bey jeder öffentlichen Veräußerung eines Grundstücks, es geschehe solche freywillig oder nothwendiger Weise, die vorhandenen Consensbücher zu Rathe ziehe, weil er außerdem in der Folge unangenehme Weiterungen veranlaßt und sich nicht selten der subsidiarischen Klage blos stellt. Sind die Consense von einem andern Richter ertheilt, so wird das aus dem Grundstücke, worauf sie hafften, von selbigen gelöste pretium entweder an das forum concursus mit einem Verzeichniß der darauf hafftenden Realschulden eingeschickt, oder letztere werden gleich davon bezahlt, und nur der Ueberrest übersendet. Siehe die letzte Abtheilung dieses Abschnitts.

2) Ding-

2) Dingliche Rechte, welche auf die in numeris II. et III. enthaltene Art erlangt worden, sind daher ebenfalls in den Consensbüchern anzumerken, altenburgische Proceßordn. Th. I. Kap. 37. §. 13. n. 7. Eben dieses ist auch bey der Immißion und Hülfsannahme zu beobachten.

§. 28.

Eben daraus folgere ich ferner, daß I. ein Gläubiger, der mehr als eine Forderung an dem gemeinen Schuldner hat, selbige sämmtlich specifice angeben müsse, und es nicht genug sey, sich mit einer Forderung gemeldet zu haben, und daß II. die Zinsenrückstände jedesmal genau angegeben werden müssen, wenn der, welcher solche zu fordern hat, deren Beabsichtigung in dem Locationsurthel erwarten will.

1) Compend. iuris Bertoch eod. Hommel. p. 390. Es rechtfertigt sich dieses Anführen auch noch daraus, daß ein liquidirender Gläubiger nicht anders anzusehen ist, als ein jeder andrer Kläger, welcher ebenfalls auf die Zinsen mit libelliren muß, indem der Richter nicht vltra petita zu erkennen pflegt.

Die Rechte der Zinsen bey Concursen sind übrigens fast in jedem Lande besonders bestimmt, doch lassen nicht selten die Landesgesetze in Ansehung des Unterschieds der Zinsen, welche bey einem Concurse vorzukommen pflegen, eine gewisse

Dun-

Dunkelheit übrig. Ohne Zweifel muß man die Zinsen, welche vor Ausbruch des Concurses von denen, welche nachher gefällig werden, unterscheiden. Bey letztern kömmt es ebenfalls darauf an, ob sie ex iudicio bonae fidei oder stricti iuris verlangt werden, ob, in sofern sie von einer Consensschuld herrühren, das Pfandrecht mit auf dieselbigen erstreckt sey, welches in Chursachsen allemal angenommen wird, dafern nicht ein andres ausgemacht worden, Decis. elect. 10. oder nicht u. s. w.

§. 29.

Ich ziehe daraus die fernere Folge, daß I. es einerley sey, ob der Cedent oder der Ceßionar die Forderung angebe, ja daß eine Legitimation ad processum zur Gültigkeit der Liquidation nicht eben erforderlich sey: II. daß ein an des gemeinen Schuldners Lehngut zustehendes mitbelehnschaftliches Recht, wenn der den Concurs verhängende Richter nicht zugleich Lehnherr ist, in dem Liquidationstermin angegeben werden müsse.

1) Was bey der Concurrenz des Cedenten und des Ceßionar Rechtens sey, untersucht Samuel Stryck in den Noten zu Brunnemanns Concursproceß Kap. II. §. 9. Lit. 1.

§. 30.

Eben so ergiebt sich aus der Absicht der Ladung bey Concursen, daß auch derjenige sich

bey

bey Concursen zu melden schuldig sey, welcher etwas aus der Concursmasse als sein Eigenthum verlangt, weil es sonst geschehen kann, daß der Richter eine solche Sache in der Unwissenheit des einem andern daran zustehenden Rechts veräußert, dagegen der Besitzer eines Faustpfands nicht nöthig hat, sich in den Concurs einzumischen, noch seine Schuld eher anzugeben, bis man das in seinen Händen befindliche Pfandstück zurück verlangt.

1) Wenn ich behaupte, daß der Eigenthümer sein Recht in dem Liquidationstermine angeben müsse, so nehme ich dadurch nicht an, daß er, wenn sein Recht klar ist, in den Concurs selbst sich einzulassen nöthig habe, sondern er kann vielmehr solchen Falls sofort auf die Ausantwortung der ihm eigenthümlich gehörenden Sache dringen. Siehe mit mehrern **Christian Gottlieb Gmelin** in der **Ordnung der Gläubiger** Kap. I. §. 17. Zuweilen ist das Eigenthum zwar auf den gemeinen Schuldner übergegangen, aber die Gesetze erlauben dem vorherigen Eigenthümer dennoch die Reivindication. Exempel hievon findet man bey den **Argentarien** in Ansehung der mit ihrem Gelde erkauften Sachen Nov. 136. cap. 3. eben so auch in gewissen Fällen bey den **Minderjährigen** und **Soldaten** L. 8. C. de Rei vindicat. L. 2. D. quando ex facto tutor. und in dem **Fürstenthum Altenburg** ist sogar

verord-

verordnet: „daß auch beym Handel auf Credit der Verkäufer so in ignorantia invincibili von des Schuldners Umständen versirt und solches eidlich erhärtet, wenn der Contract nicht länger als drey Wochen vor ausgebrochenem Banqueroute abgeschlossen worden, die verkauften Waaren zu vindiciren befugt seyn soll." II. Beyfugen Samml. Seite 312.

In solchen Fällen ist also die Angabe des prätendirten dinglichen Rechts um so nöthiger, da dem Richter und gemeinen Schuldner sonst leicht unbekannt seyn und bleiben kann, daß einem tertio ein solches Recht zustehe.

2) Von den Rechten eines Faustpfands bey entstandenem Concurse handelt vorzüglich Paul Wilhelm Schmid de iure retentionis circa pignus post concursum motum cessante, Jena, 1759. Der Grund dessen, was im §. behauptet worden, liegt darinne, daß der Richter über ein solches Pfandstück nicht disponirt, weil es sich nicht in der Concursmasse befindet, und solches nicht anders zurückverlangen kann, als wenn er aus der Concursmasse die Schuld, wovor es verpfändet ist, bezahlt. Zum wenigsten ist dieses die gemeine Meynung, obschon andre das Gegentheil behaupten. Hr. Hofr. Walch introduct. in controuersias iuris civilis Sect. IV. Cap. III. membr. II. §. 13. p. 486. Künftige Abth. §. 12. In den alten-

bur-

burgischen Landen ist verordnet: „daß der Pfandgläubiger das in Händen habende Pfand binnen sächßischer Frist vor Ausfluß der Edictalien anzurechnen, bey Verlust seines Rechts ad depositum liefern, dagegen aber von dem aus dem öffentlichen Verkauf gelöseten Gelde seine Befriedigung vorzüglich, und wenn ratione liquidi kein Zweifel vorhanden, noch vor dem Locationsurtheil erhalten soll und wird, wenn das Pfand nicht so hoch als die Schuld hinaus zu bringen, dasselbe dem Innhaber, wenn er solches verlangt, pro quanto taxato gerichtlich zugeeignet, wovon aber das privilegirte Leihhaus ausgenommen ist. II. Beyf. Samml. S. 314. Lit. d. Eben so erfordert die neue gothaische Proceßordnung Th. I. Kap. 37. Art. 4. §. 2. no. 9. die Extradition eines Faustpfandes an den Concurs. Eben so auch in Chursachsen Leihhausordn. von 1768. no. 25.

3) Was hier von dem Eigenthümer behauptet wird, solches gilt aus gleichem Grunde auch von allen andern, welchen bey einem Concurs das Absonderungsrecht iure crediti zusteht, welche diese sind, lehren die Dd. ad tit. Digest. de separationibus. Gothaische Proceßordn. Th. I. Kap. 37. Art. 4. §. 1. zu Anfange.

4) Befindet sich ein Faustpfand nach getilgter Hauptschuld noch bey dem Gläubiger, welcher daher, wegen einer andern Schuld, das Retentionsrecht, wozu ihn die Gesetze autorisiren, ausübt, so verändert dieses die festgesetzten Principien auf keine Weise, sondern es ist eben so, als wenn das Pfandstück für die Forderung wirklich verpfändet wäre.

§. 31.

Es ergiebt sich daraus, daß diejenigen Forderungen zur Angabe beym Concurs nicht geeigenschafftet sind, in Ansehung welcher von dem Richter die Befriedigung nicht erwartet werden kann. Es gehören hierher alle sogenannte causae personalissimae z. B. Klagen auf Erfüllung eines Eheversprechens, Verbindlichkeiten des Schuldners, welche aus einer Locatione operarum herrühren u. s. w.

1) Augustin von Leyser Spec. 490. Medit. 4. doch redet selbiger zu allgemein, indem auch solche Klagen alsdenn in den Concurs gehören, wenn eine Entschädigung an Gelde gefordert wird und gefordert werden kann.

§. 32.

Da die Compensation eine wechselseitige Schuldforderung sobald erlöscht, als das mutuum debitum und creditum existirt, so folgt

daraus,

daraus, daß derjenige Gläubiger, welcher mit dem gemeinen Schuldner sich in diesem Falle befindet, nicht gehalten sey, sich bey dem Concurs anzugeben, sondern daß er, wenn der Curator litis ihn in Anspruch nimmt, sich mit der Ausflucht der Compensation schützen könne, ohne daß er den Vorwurf der Präclusion fürchten dürfe.

1) L. 1. de compensat. §. 30. I. de actionibus L. 4. C. de compensat. es wird aber freylich vorausgesetzt, daß das mutuum debitum und creditum beydes vor Ausbruch des Concurses existirt habe. In wie weit die Compensation bey Concursen überhaupt statt finde, oder nicht, untersucht Herr Hofrath Walch in der Dissertat. de Compensatione creditorum in concursu, Ienae, 1749.

2) Denn es wird Niemand aufgefordert, seine Exceptionen anzugeben, Herr Hofrath Hommel Rhapsod. obs. 378.

§. 33.

Es fragt sich, ob derjenige, welcher Dienstbarkeiten oder andre Gefälle von den in Concurs gezogenen unbeweglichen Gütern z. B. Auszüge zu fordern hat, solche zu liquidiren schuldig sey und derselben durch das Nichtliquidiren verlustig werde?

Meines Erachtens ist zu unterscheiden, ob von den bereits verfallenen Prästationen die Rede sey, oder von denen, welche künftig gefällig werden, und der Gerechtsame selbst.

§. 34.

Ist der erstere Fall vorhanden, so ist die aufgeworfene Frage ohne Bedenken zu bejahen, indem verfallene Auszüge und andre auf einem unbeweglichen Gute heftende Prästationen nicht anders als credita anzusehen sind 1).

1) Herr Hofr. Hommel in der Rhapsodie Obs. 339.

§. 35.

Ist hingegen von der Gerechtsame selbst und künftig gefällig werdenden Abgaben dieser Art die Rede, so ist die ergangene Aufforderung entweder blos an diejenigen gerichtet, welche ex iure crediti Ansprüche zu machen haben, oder an alle, welche Rechte an des gemeinen Schuldners Person oder Gütern haben. Ist jenes, so trifft einen solchen, der Dienstbarkeiten, Auszüge oder dergleichen Realbeschwerden zu fordern hat, die Präclusion nicht, ja nicht einmal durch die Subhastation des Gutes, worauf diese Art Abgaben haften, gehen selbige verloren 1), wohl aber tritt die Präclusion in dem zweyten Fall ein 2).

1) Herr

1) Herr Hofrath Hommel am angef. Orte, chursächsische Proc. Ordn. tit. 39. §. 11. Man sehe hiervon insonderheit nach den §. 6. dieser Abtheilung, Anmerk. 1. und die daselbst angeführte Rechtslehrer, welche den im §. angenommenen Satz mit Präjudicien bestätigen.

2) Nach dem oben §. 3. und folg. ingleichen §. 13. angegebenen Grundsatze.

Zweyte Abtheilung.

Von der wahren Beschaffenheit und Würkung der eigentlichen Präclusion.

§. 1.

Untersuche ich nunmehr die wahre Beschaffenheit der Präclusion und die Gränzen der Würkung, welche selbige hervor bringt, so thue ich dieses auf eine solche Art, daß ich die, von der Präclusion überhaupt und der eigentlichen insonderheit, gegebene Begriffe zum Grunde lege, und daraus die wesentlichen Stücke meines Gegenstandes erläutere.

1) Siehe den ersten Abschnitt §. 7. und 8.

§. 2.

Die Präclusion enthält eine richterliche Entschließung, welche entweder durch Worte oder

Thathandlung zu erkennen gegeben wird, nachdem ob der Richter den Gläubiger entweder ausdrücklich von der Concursmasse ausschließt, oder ihn nur bey der Ordnung der Gläubiger mit Stillschweigen übergeht. Beydes ist in Ansehung der rechtlichen Wirkung einerley.

1) Es pflegt zwar bey den mehresten Locationsurtheln die Präclusionsclausul angehängt, und die nicht erschienenen Gläubiger bald namentlich bald im allgemeinen ausgeschlossen zu werden, indessen schadet die Weglassung derselben den Gläubigern, welche sich gemeldet haben, nicht, sondern die Präclusion wird stillschweigend subintelligirt, **David Mevius** in Discuss. levam. inop. debit. Cap. III. 31. obschon andre mit **Christian Philipp Richtern** de priuileg. credit. Cap. I. no. 42. das Gegentheil behaupten. In dem **Herzogthum Gotha** muß die Präclusion in dem Locationserkenntniß ausdrücklich erfolgen. **Neue Proceßordn.** Th. I. Kap. 37. Art. 2. §. 1. S. 187. dagegen nach der **altenburgischen Proceßordnung** Th. I. Kap. 37. §. 5. S. 228. solches nicht erforderlich ist. In **Chursachsen** wird derjenige Gläubiger, welcher sich nicht zur gebührenden Zeit meldet, ohne weitere comminatorische Sentenz pro praecluso erklärt. **Erl. Proceßordn.** Tit. 41. §. 3.

2) An manchen Orten wird gleich beym Schlusse des Liquidationstermins, oder auch acht Tage

darnach ein Präclusionsdecret abgefaßt. Indessen setzt dieses Decret, so wie die Ungehorsamsbeschuldigung des curatoris litis, allemal zum voraus, daß die anderwärts affigirten Ladungen mit den Aff- und Refixionsregistraturen wieder zurückgelangt und zu den Acten genommen worden, und somit die Richtigkeit der Citationsformalien in Richtigkeit gesetzt sey. Herr Prof. Claproth Einleitung in sämmtliche summarische Processe, S. 121.

§. 3.

Ob der bloße Ablauf des Liquidationstermins das Recht des Gläubigers an der Concursmasse Theil zu nehmen auslösche, oder ob die Präclusion erst eine Folge des Locationserkenntnisses sey, ist eine unter den Rechtsgelehrten sehr streitige Frage, welche in der oft angezogenen Ayrerischen Streitschrift sehr weitläuftig erörtert ist.

1) Seite 31 bis 63, wo insonderheit die Rechtslehrer, welche dieser oder jener Meynung zugethan sind, nahmhaft gemacht werden. Wolfg. Adam Schöpf in processſ. in contum. Sect. IV. §. 16.

§. 4.

Meines Ermessens macht es keinen praktischen Unterschied, ob man diese Frage verneinet

oder bejahet 1). Genug, es kann vor Eingang des Locationsurthels der säumige Gläubiger noch füglich gehört werden, und da es in Recht und Billigkeit beruhet, daß er die Kosten des Termins, welcher zwischen ihm und dem Curator litis zur Einlassung oder Recognition angesetzt werden muß, trage 2); so ist es in effectu einerley, ob man behauptet: der Gläubiger wird erst per sententiam präcludirt, oder der verspätete Gläubiger kann, so lange das Locationsurthel noch nicht eingegangen, verlangen, daß er praeuia restit. in integrum annoch zugelassen und seiner Ordnung nach locirt werde.

1) In der Praxi nimmt man die gelindere Meynung an, Joh. Gottfr. Schaumburg in princ. prax. iudiciar. Lib. II. Cap. VIII. §. 4. not. 6. allein die erstere scheint doch immer gegründeter, und es erhellet solches unter andern auch daraus, daß die Ungehorsamsbeschuldigung des Curator litis an dem Tage des Liquidationstermins selbst angebracht zu werden pflegt, auch, was noch mehr ist, es undenkbar wäre, in dem Liquidationstermin mit Zuverlässigkeit einen Concurs durch Vergleich zu heben, wenn erst eine Locations- und Präclusionssentenz in den Akten seyn müßte. Gottfried Reinold Roesel Dissert. qua solam citat. edict. legitime factam ad creditorum ignotorum praeclusionem sufficere asseritur. collat. iur. comm. cum iure Saxon. lubec.

et

et mecklb. speciat. pomeran. qua classificat. credit. in concursu, p. 118. Wittenberg, 1724. von Balthasar. Wie es in den chur- und fürstl. sächsischen Landen gehalten werde, lehret §. 2. dieser Abtheilung in der Anmerkung; von den preußischen Landen ist nachzusehen Gottlieb Knorre in der Anleitung zum gerichtlichen Processe III. Buch, Kap. 7. §. 13.

2) Augustin von Leyser spec. 490. med. 3.

3) Die Sache ganz genau genommen, müßte man wohl unterscheiden, unter der Zeit, da man die Strafe der Präclusion verwürkt, und der, da man in solche vertheilt wird.

Ersteres geschieht sogleich, wenn die Liquidationstermine verlaufen, dieses aber erst bey der Ertheilung des Locationsbescheides. An vielen Orten ist es gewöhnlich, daß die Ertheilung des Präclusionsdecrets nicht bis zur Locationssentenz ausgesetzt, sondern ein solches Ausschließungserkenntniß acht Tage nach dem Liquidationstermine ertheilt, und der Tag dessen Bekanntmachung gleich in der Edictalcitation präfigirt wird.

§. 5.

Die Ungehorsamsbeschuldigung pflegt zwar nicht leicht verabsäumt zu werden, doch ist solche,

da die Ladung an die Gläubiger nicht arctatorisch 1) ist, nicht wesentlich nothwendig.

1) Zweyter Abschnitt. Erste Abtheilung. §. 13. Anmerk.

§. 6.

Die Strafe der Präclusion trifft nach dem angegebenen Begriffe diejenigen, welche schuldig waren, sich in dem anberaumten Liquidationstermine zu melden, solches aber dennoch gar nicht, oder nicht auf die vorgeschriebene Art, gethan haben. Wer diese Verbindlichkeit auf sich habe oder nicht, ist im vorigen Abschnitte gelehret worden, und es begründet sich daraus die Richtigkeit der Folge: wer schuldig ist zu liquidiren, und solches nicht thut, wird präcludirt, und v. v. wer nicht schuldig ist zu liquidiren, hat auch die Präclusion nicht zu fürchten.

§. 7.

Gläubiger, welche dem Richter schon bekannt sind haben also in der Regel die Präclusion nicht zu fürchten, wenigstens in so weit nicht, als das Quantum ihrer Forderung aus den Akten erhellet 1). Ob sie liquid oder nicht liquid sind, thut eigentlich nichts zur Sache, indem im letzten Falle selbige mit der Anweisung zur Bescheinigung oder bessern Bescheinigung dennoch

locirt werden müssen, und im Unterlassungsfall die uneigentliche Präclusion eintritt 2).

1) Es ergiebt sich dieses aus dem Grundsatze, wer nicht zu liquidiren schuldig ist, wird nicht präcludirt. §. 6.

2) Siehe unten hiervon das weitere. Doch schadet sich ein solcher Gläubiger allemal durch seine Außenbleibung in Ansehung der Deducirung seiner Priorität.

§. 8.

Daß die Präclusion auch denjenigen treffe, welcher Eigenthumsansprüche an gewissen zur Concursmasse gezogenen Stücken macht, ist aus der Absicht der Ladung, dem Grunde der Präclusion und den vorhin erwiesenen Principien ersichtlich 1).

1) I. Abschnitt §. 3. u. f. II Abschn. I. Abth. §. 13. §. 30. Anm. 1. Salgado de Samoza im angef. B. P. I. Cap. II. n. 100. und die gegentheilige Meynung des Ludovici im a. B. Cap. XIV. §. vlt. verdient um so weniger Aufmerksamkeit, da die Natur der Sache selbiger entgegen steht.

§. 9.

Welche credita nicht eben nothwendig liquidirt werden müssen, und also auch die Präclu-

sion nicht trifft, ist oben 1) auseinander gesetzt, und bedarf hier keiner weitern Erläuterung. Genug, daß auch hier in der Praxi ein solcher Gläubiger — z. B. ein Consensgläubiger, oder ein solcher, der gerichtlich bestätigte reditus annuos, unbezahlte Kaufgelder, in partem pretii non soluti übernommene Schulden zu fordern, oder ein ius reale durch die Immißion erlangt hat, oder klagend bekannt ist, nicht präcludirt zu werden pflegt 2), so weit seine Forderung ex actis bekannt ist.

1) Vorige Abtheilung §. 27. bis zu Ende.

2) Quintus Septimius Florens Rivinus in enunciat. iur. tit. IV. no. 45. tit. XLI. no. 25. Joh. Balth. Wernher, tom. 3. p. I. obs. 58. Gottfr. Barth in hodoget. for. Cap. III. §. 20. tit. V. p. m. 577.

§. 10.

Ist das creditum nur aus dem statu passiuo des gemeinen Schuldners bekannt, so wird, wenn auch in solchen es unbedingt eingeräumt wird, dennoch das Nichtmelden des Gläubigers mit der Strafe der Präclusion angesehen werden, theils aus den im folgenden §. angegebenen Grunde, theils, weil auch die Mitgläubiger ein Recht haben, die Richtigkeit und Qualität einer solchen Schuld zu untersuchen, und außer-

außerdem zu vielen Handlungen in fraudem creditorum Gelegenheit gegeben würde.

§. 11.

Da die Präclusion jedesmal zum voraus setzt, daß die Vorladung der Gläubiger in der vorgeschriebenen Ordnung geschehen sey, so wird in der Regel die Präclusion die Gläubiger nicht treffen, welche zwar bekannt waren, aber dennoch specialiter nicht vorgeladen worden sind 1): dagegen halte ich davor, daß das Außenbleiben der in solcher Maaße geladenen bekannten Gläubiger als eine Contumacia vera anzusehen und zu bestrafen sey. 2)

1) Man verbinde zu näherer Beurtheilung dieses Satzes mit diesem das, was oben von der Ladung der bekannten Gläubiger abgehandelt worden. Erste Abtheilung §. 16-20. Ist hiernächst die gesetzliche Ordnung nicht beobachtet, so erkennt das Locationsurthel auf eine bessere Vorladung. Ferdinand August Hommel Anleitung zum Referiren III. Abtheil. III. Hauptstück. §. 152. S. 245. und 248.

2) Es fließt dieses aus der Natur der Sache, indem der Gläubiger instar actoris ist. Die Strafe des Ungehorsams eines Klägers ist anders nach gemeinem, anders nach sächsis. Recht. Nach jenem ist die allgemeine und besondre Strafe zu unterscheiden. Jene besteht in der

Unko-

Unkostenerstattung, diese hingegen in der Absolution ab instantia und der Verbindlichkeit zur Caution de lite prosequenda, ja die Unkostenerstattung als die Generalstrafe kann schon den Verlust des Rechts nach sich ziehen, wenn der nachläßige Kläger solche nicht bewürkt. L. 26. §. 6. D. ex quibus caus. maior. Joh. Gottfr. Schaumburg im angef. Buche Lib. I. Sect. I. membr. II. Cap. I. §. 7. Augustin von Leyßer sp. 82. med. 1. seq. In Chursachsen und dem Fürstenthum Gotha und Altenburg hingegen ist die absolutio ab instantia und cautio de lite prosequenda völlig aufgehoben und auf den Ungehorsam des Klägers im ersten Termin folgt blos die Kostenerstattung und eine Ladung auf eine andre Tagefarth cum praeiudicio intuitu ipsius causae und dieses Präjudiz trifft den Kläger, welcher den zweyten Termin versäumt, chursächsische Proceßordn. tit. X. §. 1. altenburgische Proceßordn. Th. I. Kap. 7. §. 1. gothaische Proceßordn. ibidem. Es ist kein Zweifel, daß diese Disposition auch bey dem geflissentlichen Ungehorsam eines Gläubigers im Concursproceß eigentlich ihre Anwendung finde, ob ich gleich nicht sagen kann, daß Beyspiele dieser Art der Ungehorsamsstrafe bey Concursen, welche sich von der gewöhnlichen Präclusion darinne, daß sie einen gänzlichen Verlust der Forderung wirkt, unterscheidet, vorgekommen.

§. 12.

§. 12.

Ist so ein Fehler bey der Citation vorgegangen, so fällt ebenfalls die Präclusion weg 1), und es wird eine neue Ladung erforderlich 2), daher es die Pflicht des Curator litis und der Nutzen der Gläubiger erfordert, einen solchen Mangel anzuzeigen 3), welchen der Richter, wenn seine Schuld hierunter versirt, ohne Kosten zu verbessern verbunden ist.

1) Wolfg. Adam Schöpf im a. B. Sect. IV. §. 12. p. 259.

2) Es ist daher in dem Herzogthum Gotha verordnet: „daß wenn ein Richter gewahr wird, daß die Edictalcitation nicht zu gehöriger Zeit angeschlagen worden, er sogleich, es sey vor oder nach dem Liquidationstermine, einen neuen terminum auf Kosten dessen, der daran Schuld hat, ansetzen soll." Neue Proceßordnung. S. 188. §. 3.

3) Eine solche Verordnung findet sich in der angezogenen sachsengothaischen Proceßordnung auch in Ansehung der Subhastationsanschläge, bey welchen der Curator bonorum Fehler in den Formalitäten anzeigen soll. S. 165. 66. 67.

§. 13.

§. 13.

Die Strafe der Präclusion trifft auch diejenigen, welche solche Forderungen haben, welche bedingt sind, oder erst in Zukunft, oft auch nur auf einen gewissen Fall eintreten, obschon nicht gesagt werden kann, daß actio iam nata sey 1), weil der Richter diese Forderungen doch wissen muß, wenn er, obschon nur euentualiter bey der Vertheilung der Masse darauf Rücksicht nehmen soll.

1) Siehe §. 6. verbunden mit der vorigen Abtheilung §. 13. und §. 26. Anmerk. 3.

§. 14.

In wie weit der Besitzer eines Faustpfandes sich der Strafe der Präclusion schuldig machen könne, erhellet aus dem, was in voriger Abtheilung von seiner Verbindlichkeit zur Angabe angeführt worden, 1) ein andres ist es aber, wenn der Concurs selbst ihm das Faustpfand nach den Liquidationstermine rechtlich abfordert, als welchenfalls ein solcher nicht präcludirt werden kann, sondern annoch mit der Angabe seiner Forderung gehört werden muß 2).

1) §. 30.

2) Augustin von Leyser sp. 486. m. 2. indessen schadet dieses der Allgemeinheit unsrer angenommenen Grundsätze nicht; denn ein solcher

cher Pfandgläubiger mischt sich gar nicht in den Concurs — hat es nicht mit dem gemeinen Schuldner, sondern mit den Creditoren sämmtlich zu thun, und indem er der gegen ihn erhobenen Klage die Exception noch nicht geschehener Bezahlung opponirt, so fordert und erhält er auf diese Weise seine Befriedigung, ohne die Präclusion zu fürchten, weil er a) die Gläubiger selbst zu Gegnern hat; b) nach den oben angeführten Gründen Niemand schuldig ist, seine Exceptionen zu liquidiren. Ein andres ist es, wenn ein tertius während schon ausgebrochenem Concurs die geschehene Verpfändung impugnirt und z. E. wegen des ihm zustehenden Eigenthums und der ohne sein Wissen geschehenen Verpfändung das Faustpfand vindicirt. In einem solchen Falle kann er sich zwar noch melden und seine Forderung bey dem Concurs angeben, weil hier das Recht, eine Entschädigung zu verlangen, und also die hier stattfindende actio pignoratitia contraria post terminum liquidationis erst entstanden ist, allein es muß solches vermittelst der Restitutionssuchung geschehen, und er hat kein besseres Recht der Natur der Sache nach, als ein Handschriftsgläubiger.

§. 15.

Es entsteht hierbey die Frage: Kann derjenige, welcher für den gemeinen Schuldner

Bürg-

Bürgschaft geleistet, und, nachdem über des Principalschuldners Vermögen der Concurs ausgebrochen, von dem Gläubiger im Weg Rechtens zur Zahlung genöthigt worden, seine Entschädigungsforderung annoch beym Concurs vorbringen, ungeachtet bereits der Liquidationstermin verflossen, ohne daß ihm die Präclusion mit Grunde entgegen gesetzt werden kann.

§. 16.

Da die mehresten Rechtsgelehrten behaupten, daß die Gläubiger, im Fall über des Hauptschuldners Vermögen ein Concurs entsteht, den Bürgen sofort in Anspruch nehmen können, ohne daß dieser sich mit der Einrede der Ordnung schützen könne 1), so bejahen selbige die in dem vorigen §. aufgeworfene Frage eo ipso, indem es hart seyn würde, einen solchen Bürgen mit der Ausführung eines Rechts auszuschließen, das erst nach dem Liquidationstermine in dem Concurse des Hauptschuldners entstund, und er also nicht eher angeben konnte.

1) Joh. Gottfr. Schaumburg im angef. B. Lib. II. Cap. VIII. §. 4. not. 6. Jac. Friedr. Ludovici im angef. B. Cap. I. §. 4. Man setzt den Grund davon darinne, daß diese Rechtswohlthat der Excußion wegfalle, sobald als der debitor principalis nicht soluendo ist, und das sey bey einem Concurse immer der Fall, wenn auch einige Zahlung zu hoffen: Is enim

soluendo

solvendo esse dicitur qui solidum solvere potest L. 114. de V. S. Andreas Alciatus in comment. ad hanc legem n. 1. seq.

§. 17.

Meines Ermessens ist die Voraussetzung, daß solchenfalls die Exception der Excußion nicht Statt finde, in Rechten nicht gegründet, und es ist vielmehr der Natur der Sache 1) und der Analogie der Rechte 2) gemäß, daß ein solcher Gläubiger, welcher einen Bürgen seiner Forderung hat, bey entstandenem Concurse über den Hauptschuldner entweder sich bey dem Concurse melde — seine Forderung allenfalls unter sofortiger Litisdenunciation so weit als möglich treibe, und nur das Deficiens nach Endigung des Concurses von dem Bürgen fordere, oder daß er gleich nach Ausfluß der Edictalien sich an den Bürgen halte, diesem die Hauptklage gegen den Schuldner cedire, und ihn solchergestalt in den Stand setze, beym Concurs iusto tempore zu liquidiren und die Forderung rechtlicher Ordnung nach zu betreiben 3).

1) Daß es der Natur der Sache gemäß sey, liegt am Tage, indem diese Bemühung dem Gläubiger nicht schadet — nichts kostet und der Bürge unschuldig leiden würde, wenn die Unterlassung derselben ihm zur Last gelegt werden sollte. Dieses wäre geschehen, wenn er den Gläubiger bezahlen müßte, und indessen der

 Concurs

Concurs gegen den Hauptschuldner so weit gediehen wäre, daß er entweder gar nicht mehr seine Entschädigung, wenigstens in tantum, suchen könnte, oder solches erst praeuia restitut. in integrum mit beträchtlichem Kostenaufwande thun müßte, welche Gelegenheit zur Entschädigung der Gläubiger ihm dagegen völlig verschafft, wenn er dasjenige thut, was im §. von ihm verlangt wird.

2) Arg. L. 95. §. 11. D. de solutionibus, L. 21. C. de fideiussor. Es lehrt dieses auch die ganze Absicht des Gesetzgebers, des Kaisers Justinians, bey der Einführung des beneficii ordinis und der obligationis subsidiariae. Herr Hofrath Joh. Ludewig Schmid de fideiuss. plane non obligato Sect. I. §. 20. p. 21. Es läßt daher auch Berger in oecon. iur. lib. III. tit. III. th. 12. not. 1. die except. ordinis in dem Falle zu, wenn der Hauptschuldner zwar nicht sufficienter, aber doch in tantum, zahlen kann.

3) Dieser letztere Weg ist freylich für den Gläubiger der sicherste, weil er außerdem immer fürchten muß, daß ihm von seinem Bürgen zur Last gelegt werde, er habe bey der Betreibung seiner Forderung beym Concurse etwas versäumet. Aus diesem Grunde scheint auch hier nach der Theorie eine Litisdenunciation gar wohl Platz zu greifen, ohnerachtet in der

Praxi

Praxi nicht leicht ein solches Beyspiel vorkommen dürfte.

§. 18.

Es versteht sich von selbst, daß eben die Principien von den mandatoribus, correis, fideiussoribus indemnitatis und succedaneis auch nominatoribus, keinesweges aber von den expromissoribus und denenjenigen Bürgen gelten, welche dem beneficio excussionis entsagt haben, und eben so natürlich ist es, daß überhaupt ein Bürge zwar in der Regel dem Gläubiger, welcher dem, was im vorigen §. angegeben, nicht nachgekommen ist, diese Exception entgegen setzen könne, selbige aber völlig oder in tantum elidirt werde, wenn dieser beweißt, daß er bey dem Concurse seines Hauptschuldners doch zu keiner, oder nur zu so und so viel, Perception gelangt seyn würde. 1)

1) Es fließt dieses aus der Natur der Sache, weil überhaupt eine Litisdenunciation unnöthig ist, wo das ius euincentis klar ist. L. 11. §. 12. D. de actione emti und L. 33. D. de euict.

§. 19.

Erfüllet der Gläubiger seine Verbindlichkeit auf eine oder die andre Art, so tritt der in §. 14. aufgeworfene Fall niemals ein, sondern es wird die Forderung gleich beym Liquidationstermine

 von

von ihm oder dem Bürgen ordnungsmäßig betrieben. Geschieht aber solches nicht, und der Bürge meldet sich doch noch, obwohl zu spät, bey dem Concurse, so wird er mit Recht pro praecluso geachtet, weil er als Ceßionar in die Rechte des Cedenten tritt, und dieser nach den im vorigen §. angegebenen Gründen schuldig war, für die Liquidirung seiner Forderung zur rechten Zeit Sorge zu tragen.

1) In wie weit die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand solchenfalls noch geschieht und erhalten werden könne, erhellet aus dem, was in der **folgenden Abtheilung** gelehrt wird.

§. 20.

Es kömmt hierbey ferner die ähnliche Frage vor, ob der dritte Besitzer eines von dem gemeinen Schuldner verpfändeten Grundstücks, gegen welchen beym Concursausbruche über das Vermögen des Verpfänders der darauf versicherte Gläubiger die Hypothekarienklage angestellt und den Besitzer zur Zahlung im Wege Rechtens genöthigt hat, sich, obschon nach vorliegendem Falle allemal schon der Liquidationstermin vorbey gegangen, beym Concurs annoch melden und seine Evictionsforderungen ausführen könne, ohne daß ihm hierunter die schon vorhandene oder nächst zu erwartende Präclusionssentenz im Wege stehe.

§. 21.

§. 21.

Es bejahen diese Frage die mehresten Rechtslehrer 1) aus einem doppelten Grunde, weil erstlich ein hypothekarischer Gläubiger, dessen Unterpfand in der Concursmasse nicht mehr existirt, sondern von dem gemeinen Schuldner vor Ausbruch des Concurses veräußert ist 2), nicht schuldig sey, sich bey dem Concurse zu melden, sondern vielmehr das Recht habe, den dritten Besitzer der ihm unterpfändlich verschriebenen Sache sofort durch die Quasi-Servianische Klage zur Ausantwortung des Unterpfandes, bis er völlig befriedigt, zu nöthigen 3), ohne daß er die Ausflucht der Excußion zu fürchten habe 4), und dahero zweytens es eine große Unbilligkeit seyn würde, wenn man den auf solche Art nach dem Liquidationstermine damnificirten Besitzer nicht annoch mit seiner Entschädigungsforderung zulassen wollte.

1) Joh. Jacob Ludovici im angef. Buche Kap. I. §. 7. Joh. Gottfr. Schaumburg im angef. B. Lib. II. Cap. VIII. §. 4. not. 6.

2) Wäre solches in fraudem der Gläubiger geschehen, und es wird von diesen die geschehene Veräußerung durch die Paullianische Klage rescindirt und die Sache wieder zur Concursmasse gebracht, so fällt die ganze Forderung weg, weil hier der Unterpfandsgläubiger sein Realrecht bey dem Concurse geltend machen kann und muß.

3) Denn es ist bekannt, daß bey Anstellung der Hypothekarienklage gegen einen dritten Besitzer nicht auf die Zahlung selbst libelliret werden darf, obschon der tertius possess r solutionem offerendo sich liberiren kann, Just Henning Böhmer de actionibus sect. II. Cap. III. §. 00.

4) Die Rechtsgelehrten sind überhaupt nicht einig, ob einem dritten Besitzer einer specialiter hypothecirten Sache die Ausflucht der Excußion zustehe oder nicht, indem einige solches behaupten, andre die Frage schlechterdings verneinen, und noch andre mit Distinctionen selbige beantworten, wie solche nahmhaft macht Herr Hofrath Walch in der Introduct. in controvers Sect. II. Cap. V. §. 16. Es untersucht diese Frage sehr gelehrt der Herr Vicekanzler Koch in der Dissert. de beneficio excussionis tertio hypothecae specialis possessori competente, Gießen, 1771. — indessen, wenn auch die hier einschlagende Gesetzstellen Novelle IV. Cap. 2. und Nov. XII. Cap. 1. die bejahende Meynung nicht völlig rechtfertigten, so ist solche doch dem natürlichen Rechte und Billigkeit am gemäßesten, und es wird daher in den mehresten Dicasterien darnach gesprochen. Dieses vorausgesetzt, wird doch fast allgemein behauptet, daß in dem im §. zum Grund gelegten Fall die exceptio ordinis wegfalle, selbst wenn noch Hoffnung vorhanden, beym

Concurse wenigstens in tantum befriedigt zu werden. Benedict Carpzov Lib. II. Resp. 72. Rivinus in spec. except. Cap. 38. no. 8. David Mevius P. IX. dec. 187. Joh. Brunnemann im angef. Buche Cap. I. §. 9. und andre mehr.

§. 22.

Nach meinem Dafürhalten muß man bey der Entscheidung der im §. 19. vorgelegten Frage unterscheiden, ob in dem foro concursus die Landesgesetze oder der Gerichtsbrauch dem dritten Besitzer einer hypothecirten Sache die exceptionem excussionis verstatten oder nicht. In dem erstern Falle treten wegen Gleichheit des Grundes nach der Natur der Sache und der Analogie der Rechte eben die Principien ein, welche im vorhergehenden von den Bürgen angenommen worden sind, und es ist also der Gläubiger nach der Natur dieser Einrede verbunden, bey dem Concurse sich alle Mühe zu geben, zu seiner Forderung, so weit es nur immer möglich ist, zu gelangen.

§. 23.

Ist hingegen in einem Lande nach den Provinzialgesetzen oder dem Gerichtsbrauche die Meynung angenommen, daß ein Gläubiger sein hypothekarisches Recht gegen einen dritten Besitzer seines Unterpfandes sofort geltend machen

könne, ohne daß er nöthig habe, sich vorher an den Hauptschuldner actione personali zu halten, so folgt daraus von selbst, daß er nicht verbunden sey, sich bey dem über seines Schuldners entstandenen Concurse zu melden und der Besitzer eines solchen Unterpfandstücks muß sich gefallen lassen, solches abzutreten oder zu zahlen, und seine Evictionsansprüche bey dem Concurse annoch auszuführen.

§. 24.

Ist es dazu noch Zeit— wenigstens noch Zeit, daß ein solcher Evictionsansprüche habender Gläubiger unter Nachsuchung um Restitution 1) seine Ansprüche liquidiren kann, so wird auf ihn bey der Austheilung der Masse Rücksicht genommen 2); kömmt er aber auch dazu zu spät, so muß er den Schaden tragen, und sich mit der Hoffnung künftiger bessern Vermögensumstände des gemeinen Schuldners trösten 3) und er kann denjenigen, welcher ihm den Besitz seines Eigenthums in totum oder tantum, oder die Zahlung der Summe, für welche sein Grundstück von dem vorigen Eigenthümer verpfändet war, abgedrungen, nicht in Anspruch nehmen.

1) Hiervon ist die folgende Abtheilung nachzusehen.

2) Freylich hat er aber nicht mehr als ein bloßes persönliches Recht, und er wird also allemal die

die ganze Befriedigung nicht erwarten können: dagegen es ein andres bey denenjenigen ist, welche Güter aus der Concursmasse gekauft haben, die ihnen nachher evincirt worden, denn diese gehen allen Gläubigern vor, weil sie es mit diesen sämmtlich zu thun haben, und nicht Gläubiger des gemeinen Schuldners sind. Es entwickelt die Principien, welche in diesem letztern Falle ihre Anwendung finden, näher Hr. Hofrath **Christ. Friedr George Meister** in der Dissert. de iuris vinculo quo plures pro euictione autores tenentur Goettingae, 1768.

3) Ein solcher Besitzer einer von dem vorigen Eigenthümer verpfändeten Sache, dem das darauf haftende Pfandrecht verschwiegen worden, befindet sich also in eben dem Falle, in dem er seyn würde, wenn sein Autor gar nichts im Vermögen besäße, und also seine Evictionsklage actio inanis wäre. Ueberdem ist er auch nicht von aller Schuld frey, indem er sich bey dem Erkaufe der Sache nach dem darauf haftenden Schulden hätte erkundigen sollen. Zum wenigsten hat er immer mehr Schuld, als einer, der bona fide eine rem furtiuam kauft, und solche dennoch hergeben muß, ohne daß er das pretium davon von dem Eigenthümer, dem sie vindicirt ist, wieder erlangt.

§. 25.

Hat ein Gläubiger sich darum nicht gemeldet, weil ihn der gemeine Schuldner zum Nachtheil der übrigen Gläubiger gratificirt hat oder gratificiren wollen, so kann selbiger in der Folge, wenn ihm die erhaltene Bezahlung durch die Paullianische Klage oder auch durch ein anderes Rechtsmittel abgedrungen, oder das Gratificationsversprechen nicht erfüllet worden, nicht weiter melden und auch nicht einmal auf die Rechtswohlthat der Restitution Anspruch machen.

1) Bey der Gratification setze ich allemal zum Voraus, daß der Zahlungsempfänger fraudis conscius sey, und also ihn die Rechtsregel treffe, dolosis iura non succurrunt. Ist dieses nicht der Fall, so behält er in der Regel die erhaltene Zahlung, wenn solche nur noch vor Ausbruch des Concurses geschehen; ist also solcher später erfolgt, und man fordert sie zurück, so ist er der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht unwürdig. Die Principien von der Befugniß des Concurses, geschehene Zahlungen zurück zu fordern, setzt sehr genau auseinander der gelehrte Herr Professor Albert Philipp Frick in libello singular. de reuocandis tam rebus alienatis quam nummis solutis imminenti aut moto concursus indicio, Helmstädt, 4. 1717.

§. 26.

In Chursachsen ist durch ein Rescript vom 10. Sept. 1733. verordnet, daß von der Präclusion binnen Jahres Frist a tempore termini liquidationis, daferne binnen dieser Zeit das Designationsurthel nicht rechtskräftig worden ist, eximirt seyn sollen

1) Fremde.

2) Die, welche rem iudicatam vor sich oder

3) ein Unterpfand in Händen haben.

4) Die mit gerichtlichen Hypotheken oder landesherrlichen Consensen versehen sind, oder auch

5) durch die Immißion ein ius reale erlangt haben.

1) Johann Gottfried Schaumburg Einleitung in das sächsische Recht, Exercit. IV. C. III. §. 6. nota S. 1343. der Ausgabe vom Jahre 1768.

§. 27.

Erscheint ein Gläubiger zwar, bringt aber seine Forderung nicht nach rechtlicher Ordnung zu der Wissenschaft des Richters, so ist es eben so gut, als hätte er sich nicht gemeldet, sondern es tritt hier die Rechtsregel ein: non fieri et non legitime fieri vnum idemque est.

§. 28.

Da die Absicht der Angabe der Forderung bey dem Richter keine andre ist, als daß solcher in den Stand gesetzt werde, den statum passivum zu übersehen, und beym Locationsurthel sowohl als dem Distributionsabschiede hierauf Bedacht nehmen zu können, so schadet es dem Gläubiger nicht, wenn er auch bey der Liquidirung seiner Ansprüche eine unrichtige causam debendi angegeben haben sollte 1) und die Präclusion trifft ihn deshalb nicht. Auch einen andern hierbey begangenen Irrthum kann er in tempore emendiren, und es treten solchenfalls die Principien ein, welche von den Verbesserungen der Klagen gelten.

1) Wohl aber schadet dieser Fehler dem Liquidanten in dem Falle, wenn er eine Forderung aus einem bessern Titel hätte liquidiren und also den Vortritt vor solchen Mitgläubigern erwirken können, denen er nach der irrig angegebenen causa debendi nachstehen muß.

§. 29.

Wird eine Forderung nicht von demjenigen, welchem sie zusteht, liquidirt, sondern von einem dritten, so kömmt in Ansehung des Präclusionseffects gar nichts darauf an, ob der, welcher sie angiebt, wirklich Auftrag dazu habe oder nicht. Denn da auch durch einen illegitimirten Geschäfft-

Geschäfftbesorger die Absicht der Ladung erreicht wird 1), so ist hier ein negotiorum gestor eben so gut als ein legitimirter Gevollmächtigter.

1) Siehe oben Abtheilung I. §. 29.

§. 30.

Es kann daher auch derjenige, welcher sich blos schriftlich meldet, darum nicht ausgeschlossen werden, sondern wenn solches nicht auslangend ist, muß ihm eine bessere Liquidation bald durch eine Resolution, bald auch in dem Locationsurthel erst auferlegt werden 1). Er trägt solchenfalls mit Recht die Unkosten, welche die Anberaumung eines besondern Termins verursacht, und wenn er nunmehro die rechtliche Vorschrift unbefolgt läßt, so begeht er contumaciam veram und fällt in die Strafe der Präclusion.

1) Wolfg. Adam Schöpf im oft angef. Buche, Sect. IV. §. 13. p. 261.

§. 31.

Diejenigen, welche sich zwar in dem anberaumten Liquidationstermine einfinden, der Eröffnung des Concurses aber widersprechen, und also das Liquidiren unterlassen, gehören ebenfalls unter die zu präcludirenden Gläubiger 1). Gemeiniglich ist dieses der Fall derer, welche die Immißion schon erlangt haben, und aus diesem

Grunde

Grunde sich nicht in den Concurs einzulassen gedenken, um nicht aufgehalten oder zu den Gantkosten gezogen zu werden 2). Sind die Mitgläubiger mit dieser Absonderung zufrieden, so hat solche kein Bedenken, und ein solcher Gläubiger kann nachher, wenn durch sein Pfandstück bey der Veräußerung desselben die ganze Schuld nicht getilgt wird, aus dem Concurse nichts nachverlangen 3), wollen aber die Mitgläubiger diese Absonderung nicht geschehen lassen, so können sie dazu nicht gezwungen 4) werden, sondern sie können verlangen, daß die Güter und Sachen, in welche die Immißion geschehen, an die Masse zurück geliefert werden, und der Besitzer des Unterpfands zwar daraus erst bezahlt werde, jedoch aber auch mit zu den Gantkosten beytrage, dagegen aber auch, wenn das Pretium des Unterpfandes nicht zureicht, solchenfalls das deficiens, obwohl nur als eine Handschriftschuld, mit locirt werden muß.

1) Wolfg. Adam Schöpf im angef. Buche Sect. IV. §. 14. p. 262. und 63.

2) Diese Freyheit ist in den Landen, wo die Gantkosten den zur Perception kommenden Gläubigern pro rata abgezogen werden, öfters sehr interessant, und aus diesem Grunde mag es wohl kommen, daß Schöpf am angef. Orte die Nichteinmischung in den Concurs einem Gläubiger, der sich in dem präsupponirten Falle befindet, anrathet, als eine sehr nützliche Cautel; allein

allein die Folge lehrt, daß dieses nicht in der Macht des Gläubigers stehe.

3) Im Fall die Mitgläubiger es stillschweigend oder ausdrücklich zufrieden sind, daß der Gläubiger für seine Schuld die Sache behalte, welche er in Besitz hat und eigentlich an die Creditmasse ausantworten sollte, so ist es als eine datio in solutum anzusehen, und der Gläubiger kann also zwar nichts verlangen, wenn er aus dem Werthe dieser Sache nicht völlig bezahlt wird, wohl aber ist er, dafern nicht ein andres ausgemacht worden, in Ansehung des excurrens responsabel, indem er als ein mandatarius in rem suam anzusehen ist.

4) Es folgt dieses unstreitig daraus, daß ein solcher Gläubiger nicht unter die kleine Zahl solcher creditorum gehört, welchen das Absonderungsrecht, es sey ex capite dominii, oder ex capite crediti zusteht, und wer ein solches Recht für sich anzuführen nicht vermag, gehört mit in den Concurs, und wird, wenn er sich nicht meldet, präcludirt. Siehe auch den §. 30. Anmerk. 1. der vorigen Abtheilung.

§. 32.

Unmündige, Weibspersonen, pia corpora, ja selbst den Fiscus trifft die Präclusion in Ansehung ihrer nicht liquidirten Forderungen wegen des oben angegebenen Präclusionsgrundes und

der unumgänglichen Nothwendigkeit 1) eben so wohl als andre, doch ist ihnen die Restitution in integrum, wenn sie auch keine Ursachen der Versäumniß anzuführen vermögen, nicht zu versagen, weil ihnen dieses Rechtsmittel ob personae qualitatem zusteht 2).

1) Erste Abtheilung. §. 5.

2) Siehe die folgende Abtheilung §. 14. Anm. 2. und §. 15.

§. 33.

Es entsteht hierbey die Frage: „Ob es dem außengebliebenen unbekannten Gläubiger etwas helfe, wenn er den Beweis führt, daß die ausgeflossenen Edictalien nicht zu seiner Wissenschaft gekommen 1)?“ Ich beantworte solche mit einem Unterschiede, ob er sich dadurch bloß zur Restitution qualificiren will, oder ob er glaubt, daß er noch ipso iure deshalb zugelassen werden muß. Ist das erste, so bejahe ich solche um so mehr, da ein solcher Gläubiger als einer anzusehen ist, der ohne seine Schuld lädiret worden. Doch versteht sich von selbst, daß diese Rechtswohlthat der Lage der Sache nach annoch statthaft seyn müsse. Ist aber das zweyte, so verneine ich solche, ungeachtet die contumacia durch einen solchen Beweis völlig hinweg fällt, dennoch aus dem Grunde, weil der Grund der Präclusion nicht in der Contumaz, sondern in der unumgäng-

gänglichen Nothwendigkeit liegt, diejenigen von der vorhandenen Masse auszuschließen, welche nicht zur vorgeschriebenen Zeit liquidirt haben, und daher ein auf solche Art Schaden leidender Gläubiger solches als einen zufälligen Schaden selbst tragen muß.

1) Natürlicher Weise ist ein solcher Beweis sehr schwer, und kann mehrentheils nur artificialiter und durch den Erfüllungseid geführet werden.

2) Siehe oben erste Abtheilung §. 5. und §. 24. dieser Abtheilung Anmerkung 3.

§. 34.

Wende ich mich nunmehr zu der Wirkung der Präclusion, so ist selbige keine andre als die Ausschließung von der Theilnehmung an der Concursmasse, weil der Richter ein andres Präjudicium weder androhen noch vollziehen kann 1), und es ist also die Meynung dererjenigen ungegründet, welche behaupten, daß bey der Präclusion das Recht des präcludirten Gläubigers ganz erlösche, und einen solchen Gläubiger die Strafe des ewigen Stillschweigens treffe.

1) Es fließt dieses aus dem Begriffe der Präclusion, welcher oben erster Abschnitt §. 7. festgesetzt worden, und aus dem, was ich bey Gelegenheit der Androhung eines Präjudiciums bey Ladungen in Concursen in den §. 11. 23. u.

24. der vorigen Abtheilung ausgeführt habe, sowohl als daraus ganz augenscheinlich, daß bey der angenommenen kleinern Präjudiz die Absicht der Citation vollkommen erreicht wird, und deren Grund und Ursache der Präclusion vollkommen Genüge geschieht.

§. 35.

Dennoch fehlt es nicht an Rechtsgelehrten, welche die letztere Meynung behaupten, und es werden die Anhänger dieser Meynung unter den ältern Juristen nahmhaft gemacht von Salgado de Samoza 1). Unter den neuern hat dieser Satz, daß durch die Präclusion das ganze Recht des praeclusi erlösche, insonderheit angenommen August von Leyser 2); indessen ist der Gerichtsbrauch unstreitig für die erstere Meynung entschieden, und es gilt dieses selbst von denen Dicasterien, in welchen man in Locationsurtheln, in Ansehung der außengebliebenen Gläubiger, erkennt, daß sie ihrer Forderungen vor verlustig zu achten, indem dieses blos von dem vorliegenden Concurse zu verstehen.

1) In dem Labyrintho creditor. P. I. Cap. 8. no. 15. seq.

2) Spec. 490. medit 1. allein er scheint hierunter demjenigen zu widersprechen, was er in spec. 488. med. 1. behauptet, daß nämlich die Klage des Gläubigers durch die Cession der

Güter

Güter nicht erlösche, sondern nur tantisper quiescire. Bey dem in der ersten Stelle angeführten Stryk ad Brunnemann. proc. concurs. cap. 3. §. 11. findet man auch gar nicht, daß solcher einen Unterschied mache, ob die Präclusionssentenz laute, daß die außengebliebene Creditoren ihrer Forderung gänzlich vor verlustig zu achten, oder daß sie von dem Concurs abzuweisen und im ersten Falle das ganze Recht des säumigen Gläubigers für verloren achte, dagegen im zweyten Falle selbiges in salvo bleibe, und nur die Theilnehmung an der Concursmasse verloren gehe. Wäre es aber auch, so liegt doch der Ungrund dieser Meynung am Tage, indem es nicht in der Macht des Richters steht, ein größeres Präjudiz zuzuerkennen, als die Gesetze auf Unterlassung einer Obliegenheit bestimmt haben.

3) Joh. Gottfried Schaumburg am angef. Orte, von Balthasar in collat. jur. comm. cum iure saxon. Lubec. et Mecklenb. spec. pomeran. qua classificat credit. in concursu p. 118.

§. 36.

Es ist in Ansehung der Wirkung der Präclusion kein Unterschied, ob der säumige Gläubiger contumaciam veram zu Schulden gebracht habe oder nicht, doch ist der, welcher aus diesem Grunde sich versäumt hat, wie unten 2)

 gelehret

gelehret wird, der Rechtswohlthat der Restitution unwürdig.

1) Es scheint zwar, als ob der, welcher veram contumaciam zu Schulden gebracht, sein Recht ganz und gar verliere, nach dem was in dieser Abtheilung §. 11. Anm. 2. ausgeführet worden, allein es ist freylich kein Gesetz vorhanden, welches das geflissentliche Außenbleiben des Gläubigers mit dem Verlust des ganzen Rechts bestrafte, und es ist eine ganz andre Sache, ob ein Kläger in einer ordentlichen Proceßsache, der den Richter des Beklagten zum Richter seiner Sache erwählet hat, auf wiederholtes Erinnern nicht erscheint, oder ob ein Gläubiger mit Vorsatz sich bey dem Liquidationstermine nicht einfindet, als aus welcher letztern Art von Unterlassung keineswegs ein contemtus gegen den Richter, sondern nur eine stillschweigende Entsagung der Theilnehmung an der Concursmasse gefolgert werden kann.

2) Siehe die folgende Abtheilung §. 16.

§. 37.

Es folgt von selbst, daß dasjenige Quantum, welches der präcludirte Gläubiger erhalten haben würde, der Concursmasse zuwächst und dem Mitgläubiger zu Gute kömmt, und dieses erstlich wegen der zwischen sämmtlichen Gläubigern bestehenden Gemeinschaft 1), und zweytens, weil man

man eine solche Forderung als nicht existent ansiehet.

1) Siehe unten III. Abschnitt §. 23. Anmerkung 4.

§. 38.

Solchemnach kann zwar ein präcludirter Gläubiger an der constituirten Concursmasse keinen Anspruch machen, allein sein creditum selbst bleibt bey vollkommener Kraft und äußert seine Wirkungen sowohl gegen andre als gegen den gemeinen Schuldner selbst.

§. 39.

Sehe ich auf den erstern Fall, so verstehe ich unter den andern, theils den Richter, theils solche, welche eine subsidiarische Verbindlichkeit zur Bezahlung des präcludirten Crediti auf sich haben.

40.

Gegen den Richter läßt sich noch immer eine subsidiarische Klage denken, wenn nämlich der mit Recht präcludirte Consensgläubiger ausführt, a) daß er, wenn er sich gemeldet hätte, dennoch von dem ihm verschriebenen Unterpfande nicht hätte bezahlt werden können; b) daß dieses daher komme, weil der Richter bey der Consensertheilung betrüglich oder nachläßig zu Werke gegangen.

1) Ich setze allemal voraus, daß die Präclusion rechtsbeständig erkannt sey, denn von den Mitteln gegen eine iniuste zuerkannte Präclusion wird in künftiger Abtheilung gehandelt.

§. 41.

Die übrigen, gegen welche ein solches präcludirtes Creditum außer dem Schuldner selbst geltend gemacht werden kann, sind I. der dritte Besitzer einer Hypothek, auf welche das Creditum versichert war, und welche vor Ausbruch des Concurses veräußert worden 1). II. Diejenigen, welche für eine solche Forderung Bürgschaft geleistet haben. In wie fern beyde sich der exceptionum excussionis et praeclusionis bedienen können, ist aus dem, was oben 2) abgehandelt worden, zu beurtheilen.

1) Ist die Veräußerung sub hasta aus dem Concurs geschehen, so ist das Pfandrecht erloschen, und der Ersteher Anspruchs frey. Siehe oben erste Abtheil. §. 6. Anmerk. 2. allein, da der Richter ex officio für die hypothekarischen Gläubiger Sorge zu tragen hat, so bleibt solcher wenigstens auf den Fall responsabel, wenn er es an der Specialladung eines solchen Gläubigers hat fehlen lassen.

2) §. 15. 16. und folgende dieser Abtheilung Joh. Caspar Heimburg diss. de iure creditorum facta bonorum cessione aduersus tertium competente. Jena, 1741.

§. 42.

Gehe ich auf diejenige Wirkung über, welche ein solches präcludirtes Creditum gegen den gemeinen Schuldner selbst behält, so mache ich einen Unterschied, ob von der Person des Schuldners oder seinen Gütern die Rede sey.

§. 43.

Sehe ich auf die Person des Schuldners zuerst, so ist kein Zweifel, daß die obligatio cambialis annoch fortdaure, und der Wechselarrest, der Präclusion ohnerachtet 1), gegen den Schuldner ausgewirkt werden könne 2), wenn anders nicht der Wechsel verjährt ist, ja es kann auch der Gläubiger an den Orten, wo es gewöhnlich, auf die addiction. ad manus dringen 3).

1) Selbst Augustin Leyser behauptet solches in angeführten spec. med. vlt. und widerlegt die entgegenstehenden Scheingründe. Uebrigens ist die dort gemachte Distinction, ob der Wechselgläubiger sich bey dem Concurse gemeldet oder nicht, logisch unrichtig, denn der hier vorgelegte und auch in dem rubro der Leyserischen Meditation angegebene Fall, daß der Gläubiger, der die Prälusionssentenz gegen sich hat, noch das Wechselrecht in saluo behalte, schließt das erste membrum der Distinction aus. Uebrigens trage ich kein Bedenken, die Leyserische bejahende Meynung auch von die-

sem ersten Falle anzunehmen, ob es gleich rathsam ist, sich solchenfalls das Wechselrecht expresse vorzubehalten. Was in dem Sachsen-Altenburgischen hierunter Rechtens sey, lehret die dasige **Wechselordnung** Cap. vlt. §. vlt.

2) Freylich ist regulariter durch den Wechselarrest nichts zu erlangen, weil meines Ermessens die andern Gläubiger sogar die Zahlung, welche der Wechselinnhaber durante concursu erpreßt, vindiciren können, indem der Schuldner nichts Eignes mehr hat, sondern per cessionem das Eigenthum aller seiner Güter auf die gesammten Gläubiger übergeht. Ein andres aber ist es, wenn Verwandte für den gemeinen Schuldner, um ihn der Hafft zu befreyen, zahlen, oder er solche Gelder dazu anwendet, welche nicht in den Concurs gezogen werden können, z. E. currente Besoldungen, Nießbrauch des peculii und dergleichen.

Es gehört nicht hieher, die Lehre von der **Gebung an Hand und Halfter** und ihrer Observanz zu erörtern, sondern ich verweise den Leser auf die in des Herrn Hofrath **von Selchow** elem. iur. german. priuati §. 379. angeführte Schriften.

3) Es ist noch immer ein Unterschied, ob sich ein Schuldner nach Wechselrecht verbindlich gemacht, oder ob er blos auf den Fall der Nicht-

zahlung

zahlung sich zum Arrest oder Gehorsam ver-schrieben. Diese Unterschiede lehrt **Johann Ehrenfried Blochmann** in einem unter dem Vorsitze des Hofrath **Reichardts** zu Erfurt 1731 gehaltenen Dissert. de Differentia et conuenientia inter obligat. ad carceres et literas cambiales. Freylich ist diese Art, die Schuldner zu vinculiren, nicht sehr gewöhnlich, allein sie hat doch sehr ihren Nutzen, weil diese Verbindlichkeit auch solche Personen übernehmen können, welche keine Wechsel ausstellen dürfen. Const. elect. XXI. p. 11. **Carl Wilhelm Gärtner** de faemina debitrice ex pacto ad carceres obligata. Leipzig, 1778. Hat sich ein Schuldner nicht ausdrücklich ad carceres obligiret oder eine Obstagialverbindlichkeit an den Orten, wo solche noch gelten, über sich genommen, so findet die persönliche Arrestbelegung außer **Chursachsen**, wo der Schuldner ein Mittel, Zahlung zu erpressen, ist, **Bertoch** promt. iuris edict. Hommel. p. 209. seqq. womit auch die sachsen-altenburgische **Landesordnung** P. II. Cap. IV. tit. 24. überein kömmt, als ein Mittel zur Zahlung zu gelangen, in der Regel nicht Statt, wohl aber Gefängniß, Zuchthaus und dergleichen, als poena decoctorum.

§. 44.

Ist hingegen von dem Rechte des präcludirten Gläubigers an den Gütern des gemeinen

Schuldners die Rede, so mache ich einen Unterschied, ob er solche nach Ausbruch des Concurses erworben oder nicht.

§. 45.

In Ansehung der ersten Art von Gütern ist es außer Zweifel, daß sich der präcludirte Gläubiger daran halten könne 1), doch muß er dem Schuldner das beneficium competentiae 2) gestatten, und die bey dem Concurs nur in tantum befriedigte Gläubiger haben in Ansehung ihres Deficiens mit dem präcludirten Gläubiger gleiche Rechte 3), und da gleichsam ein neuer Concurs entsteht, so geht es auch hier nach der Priorität einer jeden Forderung.

1) Joh. Gottfried Schaumburg am angef. Orte, von Balthasar im angef. Buche S. 8.

2) Argum. §. 40. Inst. de action. Herr geh. Regierungsrath Hellfeld, in diss. de beneficio competentiae ex proprio aeque ac tertii iure. Jena, 1764. §. 9. in eius Opusc. n. XXV. p. 564.

3) Von Balthasar am angef. Orte.

§. 46.

Sehen wir hingegen auf diejenigen Güter, welche der gemeine Schuldner noch zur Zeit des über ihn verhängten Concurses besaß, und doch nicht

nicht zur Concursmasse gezogen worden, so sind solches entweder solche, deren Eigenthum bey der Ceßion auf die Gläubiger übergieng oder nicht.

1) Es ist bey dieser Gelegenheit vornehmlich der Fall beabsichtigt, da über einem und eben demselben Schuldner in einem Lande der Concurs eröffnet worden, in dem andern aber solches nicht geschehen, in welchem Falle diejenigen Principien Statt finden, welche unten in dem letzten Abschnitte aus einander gesetzt werden.

§. 47.

Diese letztere Art von Gütern, als künftige Besoldung, Nießbrauch des weiblichen Vermögens, des peculii der Kinder u. s. w. bleiben dem Schuldner völlig eigen, und weder der Gläubiger, welcher sich gemeldet hat, noch der präcludirte können daran einigen Anspruch machen.

1) Herr Professor Püttmann de rebus ac iuribus per bonorum cessionem ad creditores haud transeuntibus in seinen aduersar. iur. no. XIII. p. 206. und die daselbst angeführten Schriftsteller.

§. 48.

Ist hingegen der erstere Fall vorhanden, so sind es entweder solche Güter, welche der gemeine Schuldner verheimlicht hat, und welche also den Gläubigern unbekannt geblieben, und

erst

erst von einem präcludirten Gläubiger entdeckt worden sind oder nicht. In Ansehung jener tritt meines Ermessens die Verordnung des L. 10 §. 16. de his quae in fraudem credit. ein, und der präcludirte Gläubiger scheint die Befriedigung aus selbigen als eine Belohnung seiner Aufmerksamkeit mit Recht fordern zu können, allein in dem zweyten Falle ist wieder ein Unterschied zu machen, ob die Gläubiger, welche sich bey dem Concurse gemeldet, ausdrücklich oder stillschweigend zu erkennen gegeben haben, daß sie diese Güter oder Activforderungen in die Concursmasse nicht ziehen wollen, oder ob solches nicht geschehen.

1) Es gehört dieses Gesetz freylich unter diejenigen, deren Anwendbarkeit zweifelhaft ist, zum wenigsten sind die Fälle, daß auf diese Stelle Entscheidungen gegründet würden, wohl äusserst selten — indessen sehe ich nicht, was der Gesetzeskraft im Wege stünde, und es zeigt auch Leyser einen Fall an, da man selbigem nachgegangen, Spec. 489. med. 10.

§. 49.

Ist dieses, so bleibt dem präcludirten Gläubiger kein Recht übrig, so lange noch die Gläubiger, welche sich gemeldet haben, sich nicht davon lossagen, und also der erste Fall eintritt. Existirt aber dieses, so ist das Recht des präcludirten Gläubigers, aus dieser Art von Gütern seine

seine Befriedigung zu begehren, außer allen Zweifel, und da es kein neu erworbenes Vermögen ist, so scheint hier nicht einmal die Rechtswohlthat der Competenz von den Schuldnern mit Recht urgirt werden zu können.

§. 50.

Stillschweigend geschieht eine solche Erklärung, wenn die sämmtlichen Gläubiger, welche sich gemeldet haben, nicht auf die Betreibung einer solchen Sache oder Actiui Bedacht nahmen, ohneracht et ihnen solches bekannt war, und eine solche stillschweigende Erklärung ist also in Ansehung derjenigen Güter allemal vorhanden, auf welche in dem Distributionsabschiede einige Rücksicht nicht genommen worden.

1) Es gehört also hieher nicht, wenn in denen Distributionsabschieden einer solchen Sache doch so viel Erwähnung geschehen, daß einem oder mehrern Gläubigern, welche von der vorhandenen Baarschaft nicht haben befriedigt werden können, anheim gegeben worden ist, an diese oder jene noch nicht betriebene oder doch nicht eingegangene Actiua sich zu halten; denn ist dieses, so geht das Eigenthum und das Recht der präcludirten Gläubiger aus Entschließen auf die solchergestalt angewiesene Gläubiger über.

2) Dieser Fall tritt gemeiniglich bey actiuis, an deren Exigibilität man zweifelt, oder die erst in ent-

entfernten Orten durch Processe eingetrieben werden müssen, ein.

§. 51.

In Ansehung der Art und Weise, mit welcher der präcludirte Gläubiger an denen im §. 49 beschriebenen Gütern sich zu halten sucht, ist zu unterscheiden, ob sich selbige actualiter in dem Besitze seines Schuldners befinden, oder ob solches nicht sey.

§. 52.

Ist jenes, so stellt er diejenige Klage gegen den Schuldner an, welche aus derjenigen Verbindlichkeit herfließt, aus welcher die Forderung originirt, betreibt solche bis zur Hülfe, und giebt die beym gegenwärtigen Falle präsupponirten Güter zum Executionsgegenstande an.

§. 53.

Befinden sich hingegen diese Güter oder Geldquantum in den Händen eines Dritten, es sey nun Anlehnsweise oder andrer Gestalt, so steht entweder dem präcludirten Gläubiger eine Generalhypothek, unter welcher die Sache, an der er sich erholen will, begriffen, item eine Specialhypothek an dieser Sache insonderheit zu oder nicht. In jenem Fall kann er ex iure reali auf die Ausantwortung klagen, in diesem aber muß er seinen Schuldner persönlich belangen, und wenn

wenn die Sache so weit gediehen, den Richter angehen, daß er die Sache oder Quantum von dem tertio ausantworten oder einzahlen lasse, und ihm dadurch zu seiner Befriedigung verhelfe.

1) Durch welches Rechtsmittel ein Gläubiger sich an dem Schuldner seines Schuldners halten könne, ist unter den Rechtslehrern streitig, obschon, daß solches geschehen könne, nächst andern Gesetzstellen die Inscription des 15ten Titels im 4ten Buche des Codex außer allen Zweifel setzt. Einige meynen mit Johann Brunnemann ad hunc tit. es stehe dem Gläubiger vtiliter die Personelklage zu, welche sein Schuldner nach der Natur der zum Grunde liegenden Verbindlichkeit anzustellen befugt ist, allein man kann diese dem Gläubiger so günstige Meynung nicht rechtfertigen, und nach der Analogie des Rechts läßt sich blos die Pfandklage gedenken, und findet diese nicht statt, weil der Gläubiger an der bey seines Schuldners Schuldner sich befindenden Sache ein Pfandrecht nicht hat, so bleibt ihm nichts übrig, als der in fine §. angegebene Weg. Es untersucht diese Frage, von welcher, so praktisch sie ist, man in den Schriften der Rechtsgelehrten selten etwas findet, genauer Jacob Born de actione quae creditori aduersus debitorem debitoris competit. Leipzig, 1704. in der Sammlung der Bornischen Dissertationen,

nen, welche 1705 zu Leipzig veranstaltet worden No. XI. woselbst auch verschiedne Formeln, wie eine solche Klage einzurichten, angegeben sind. Ein solcher debitor debitoris kann sich auch mit der Ausflucht, „daß mehrere Pfandgläubiger vorhanden,“ nicht schützen arg. L. 1. C. si vnus ex pluribus hered. und weil causa pignoris indiuidua ist L. 19. D. de pignor. Man sehe weiter nach Jacob Cujaz in Libr. 30. Paull. ad Edict.

Dritte Abtheilung.

Von den Rechtsmitteln, die Präclusion einer Schuldforderung abzuwenden.

§. 1.

Haben wir bisher von der Beschaffenheit und denen für den Gläubiger so nachtheiligen Wirkungen der Präclusion gehandelt, so wenden wir uns nun mit noch mehrerm Rechte zu der Abhandlung derer Rechtsmittel, welche dieses Präjudiz abzuwenden gebraucht zu werden pflegen 1).

1) Es handeln hiervon kürzlich Ayrer in der angeführten Dissert. Sect. III. S. 64 bis 68. ingleichen Schöpf im angezogenen Tractat §. XIX. p. 273 und 74.

2) Ehe ein Sachwalter für einen Gläubiger, welcher der Präclusion zu entgehen wünscht, ein Rechtsmittel ergreift, hat derselbe den Bestand der vorhandenen Creditmasse genau zu erwägen, damit er nicht ein Recht mit vielen Kosten und Mühe ausführe, welches seinem Gewaltgeber am Ende nichts hilft, wenn er nach dem Rechte seiner Forderung nicht zur Perception kömmt. Eben so hat derselbe darauf zu sehen, ob nicht nach Vorliegenheit der Sache die Ausklagung der Bürgen, Erwartung der bessern Vermögensumstände des Schuldners räthlicher sey — ob nicht noch solche Güter vorhanden, welche nicht zur Concursmasse gezogen worden, und an welche sich also sein Constituent annoch halten könne u. s. w.

§. 2.

Ich unterscheide hierbey sorgfältig die verschiedenen Fälle. Es ist nämlich entweder bereits ein richterliches Erkenntniß vorhanden, welches den Gläubiger für einen präcludirten erklärt hat 1), oder es ist dieses noch nicht vorhanden.

1) Dieses Erkenntniß ist nicht allemal eine förmliche Sentenz, sondern zuweilen nur eine Resolution, durch welche dem zu spät sich meldenden Gläubiger bekannt gemacht wird, daß er mit seiner Forderung nicht mehr zugelassen werden könne. In dem Falle, da bey der Claßification zugleich mit auf die Präclusion erkannt

wird, geschieht solches ebenfalls bald blos allgemein unter der Benennung der nicht erschienenen Gläubiger, bald zugleich unter namentlicher Angabe der in den Akten bekannten. Beydes ist in Ansehung des Erfolgs einerley. Siehe vorige Abtheilung §. 2.

§. 3.

Ist das erstere, so glaubt der präcludirte Gläubiger entweder, daß ihm, den Rechten nach, zu wehe geschehen sey, und er also nicht hätte präcludirt werden sollen, oder er glaubt nur Billigkeitsgründe für sich zu haben, aus welchen er annoch zugelassen zu werden begehren könne.

Im letztern Falle hat er sich blos der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu erfreuen, von welcher in den folgenden näher gehandelt werden soll, dagegen im erstern wiederum ein Unterschied zu machen ist, ob es noch Zeit sey, die Präclusionssentenz durch ein ordentliches Suspensivmittel anzufechten oder nicht.

1) Hieher gehören alle die Fälle, in welchen der Richter die Vorschrift der Gesetze z. B. durch Unterlassung der Specialcitation, wo selbige erforderlich — nicht erlassene Edictalien, oder auch nur durch Verkürzung des vorgeschriebenen Zeitraums, Fehler bey der Bekanntmachung der Edictalien u. s. w. übertreten hat — Siehe oben II. Abth. §. 12. ingleichen I. Abth. §. 22.

§. 4.

§. 4.

Ist der letztere Fall vorhanden, so bleibt dem schadenleidenden Gläubiger nichts übrig, als daß er den Richter, welcher der Vorschrift der Gesetze nicht nachgekommen ist, und dadurch ihm Nachtheil zugezogen hat, deshalb in Anspruch nehme, und von selbigem seine Entschädigung suche. Die deshalb dem Gläubiger zustehende Klage ist wohl keine andre, als eine Actio in factum, welcher die Glossatoren den Namen der Syndicatsklage beygelegt haben 1). Es findet solche Statt, es mag der Richter aus bösem Willen, oder aus Unwissenheit und Nachläßigkeit 2) dem nunmehrigen Kläger den Schaden zugefügt haben, und der Endzweck derselben geht dahin, daß der Beklagte angehalten werde, dem Kläger so viel zu bezahlen, als sein, durch das gesetzwidrige Verfahren, erlittener Nachtheil beträgt 3).

1) Herr geheimer Justizrath George Ludewig Böhmer in dissert. de remedio Syndicatus aduersus sententias camerae imperii, Goetting. 1723. in desselben Electis iuris ciuil. T. II. exerc. IV. p. 115.

Ich finde zwar in keinem Rechtslehrer, daß diese Klage auf den gegenwärtigen Fall, da ein Richter durch sein gesetzwidriges Verfahren bey einem Concurse einem Gläubiger Schaden zuzieht, anwendlich sey, indessen rechtfertigt sich die Statthaftigkeit dieser Klage aus der in den Ge-

setzen angegebenen Natur dieses Rechtsmittels, und es ist ein sehr ähnlicher Fall, wenn die Schöppen zu Halle diese Klage in dem Fall anrathen, da ein Richter einen Nachlaß, unter Verabsäumung der Vorschriften der Gesetze in Ansehung der öffentlichen Aufforderung, den nicht rechtmäßigen Erben zum Schaden der nachher sich meldenden rechtmäßigen Erben überlassen hätte. Siehe **Just Henning Böhmer** in Consultat. et decis. resp. 879.

2) Princ. Instit. de obligat. quae quasi ex delicto, und L. vlt. D. de extraord. cognit. welchem zwar L. 15. §. 1. D. de judiciis zu widersprechen scheint, allein es vereinigt solche **Jacob Cujaz** in recitat. ad Codic. Lib. IV. tit. 5.

Zum wenigsten ist in der Praxi kein Zweifel, daß auch culpa dieser Klage Raum gebe. Hr. Hofrath **Johann Ludewig Schmid** in dem **praktischen Lehrbuche von gerichtlichen Klagen und Einreden**, Jena, 1774. §. 1187. und die daselbst not. g. angeführten Rechtslehrer.

3) Kann also der Richter erweisen, daß wenn auch seines Orts kein Fehler begangen worden — daß, wenn auch die Forderung des Klägers ordentlich angezeigt und nicht präcludirt gewesen wäre, dennoch selbiger gar nicht, oder wenigstens nur zum Theil zur Perception gelangt

seyn

seyn würde, so entkräftet er dadurch die gegen ihn angestellte Klage ganz oder zum Theil. Zweifelhafter ist es, ob in dem Falle, da abseiten des Richters ein offenbarer Fehler bey Erlassung der Ladung u. s. w. begangen, solcher aber von denen auswärtigen Rechtslehrern, wohin die Akten zur Fassung des Claßifications-urthels geschickt sind, übersehen, und dennoch auf die Präclusion erkannt worden, die Syndicatsklage annoch Statt finde? Sonst ist zum wenigsten die Ausrede eingeholten rechtlichen Erkenntnisses eine solche, welche den Richter für diese Klage schützt. Schmidt im angef. Buche §. 1191. no. 6.

Freylich ist an sich dieses Rechtsmittel sehr beschwerlich, und gar selten von gewünschtem Erfolge, Just Henning Böhmer de action. Sect. II. Cap. XI. §. 36. indessen ist bey Concursen der Beweis leicht, wenn man die Vorschrift der Gesetze und das gravirliche Verfahren gegen einander hält, indem hier der Satz seine Anwendung findet: imperitia adnumeratur culpae L. 132. D. de regul. iuris.

§. 5.

Eine andre Frage ist es, ob ein solcher Gläubiger in dem Falle, da seine Forderung eine vorzügliche ist, nicht diejenigen Mitgläubiger in Anspruch nehmen könne, welche eben dadurch, daß diese seine Forderung nicht mit claßificiret

worden, zu einer Perception gelangt sind, zu welcher sie außerdem nicht gelangt wären? Ich trage kein Bedenken, diese Frage bejahend zu beantworten, indem 1) die natürliche Billigkeit es mit sich bringt, daß Niemand aus einem Zufalle Vortheil ziehe, bey welchem der andre keine Schuld hat; 2) ein solcher präcludirter Gläubiger eigentlich in Abwendung eines Schadens versirt, und also von den Gesetzen besonders begünstigt wird; 3) bey einem solchen durch die unrechtmäßige Ausschließung eines andern zur Perception kommenden Gläubigers die Rechtsregel eintritt, daß Niemand durch den Schaden eines andern reicher werden solle.

1) Ich erinnere nochmals, daß hier der Fall zum Grunde liege, da der vernachtheiligte Gläubiger ganz und gar keine Schuld hat, und also die Präclusion blos als ein Zufall seines Orts anzusehen ist.

2) L. 33. D. de regulis iuris.

3) Der vollständigere Beweis dieses Satzes und die Beantwortung der Gegengründe wird am Ende dieser Abtheilung, wenn von den Wirkungen der Restitution gegen einen dritten die Rede ist, folgen.

§. 6.

Die Klage, welche hierbey ihre Anwendung findet, ist keine andre, als die actio in factum, welche

welche so oft Statt findet, als einer durch des andern Schaden gewinnt, und das Gesuch bey derselben ist darauf gerichtet, daß der Beklagte angehalten werde, so viel heraus zu geben, als er weniger erhalten haben würde, dafern die Forderung des dermaligen Klägers claßificirt worden wäre.

1) Just Henning Böhmer im angezogenen Buche Sect. II. Cap. V. §. 7. Auch hier muß ich mich auf die weitere Ausführung bey der Restitution beziehen, welche hierunter insonderheit auch in Ansehung der dagegen stattfindenden Einreden und Ausflüchte mit dem hier angegebenen Rechtsmittel überein kömmt. Mir dünkt übrigens, daß sich der angegebene Gebrauch dieser Klage aus der Analogie der Gesetze vertheidigen lasse, ob ich schon diese Anwendung derselben bey den Praktikern nicht finde.

2) Die condictio sine caussa scheint in dem vorliegenden Falle nicht zu gebrauchen zu seyn, weil die Zuerkennung des Richters causam abgiebt.

§. 7.

Ich kehre zu dem oben zuerst angegebenen Falle zurück, wenn es für den unrechtmäßiger Weise präcludirten Gläubiger noch Zeit ist, durch ein ordentliches Suspensivmittel die gravirliche Präclusionssentenz von der Rechtskraft

abzuhalten. Ist dieses, so liegt zu Tage, daß alsdenn das außerordentliche Rechtsmittel die Restitution eigentlich nicht gebraucht werden könne 1), sondern es finden alle diejenigen Suspensivmittel Statt, welche bey den Gerichten, wo die Präclusion erfolgt ist, zugelassen sind 2).

1) Weil die Restitution ein subsidiarisches Rechtsmittel ist, jedoch ist hierbey wohl kein Zweifel, daß man dieses Mittel nach Befundenheit der Umstände mit den ordentlichen zuweilen subordinate cumuliren könne. arg. cap. 8. X. de restitut. in integrum. **Joh. Balth. Wernher** parte IX. obs. 189.

2) Alsdenn sage ich, daß es noch Zeit sey, wenn die Resolution oder Sentenz noch nicht in die Rechtskraft übergegangen, oder wenn solches auch geschehen, selbige an einem vitio insanabili laboriret, das die Erlangung der Rechtskraft hindert. In diesem letztern Falle findet freylich die **Nullitätsquerel** Statt, doch wird natürlicher Weise zum voraus gesetzt, daß noch nicht die Vertheilung der Masse vorhanden sey, weil solchenfalls diese Art der rechtlichen Ausführung ohne Effect bleibt.

§. 8.

Erwählt der präcludirte Gläubiger ein solches Rechtsmittel, wodurch er die Präclusionssentenz als gravirlich ansicht, so hat er es zwar mit

mit dem Curator litis als derjenigen Person zu thun, welcher es obliegt, die Zahl der Forderungen so sehr zu mindern als möglich ist. Begehrt aber ein solcher Gläubiger mit seiner Forderung als einer vorzüglichen an eine gewisse vorzügliche Stelle gesetzt zu werden, so wird sein Begehren nunmehr die Sache aller derer Gläubiger, welchen er vorzugehen verlangt, und diese haben ein Recht, durch einen gemeinschaftlichen Aktorn seinen Gegner vorzustellen.

§. 9.

Erlangt der Gläubiger eine bessere Sentenz, so wird das Locationsurthel abgeändert, und er in die Stelle gewiesen, welche seiner Forderung gebührt, wird hingegen das erstere Erkenntniß rechtskräftig bestätigt, so muß er sich dabey entweder beruhigen, oder nunmehr aus Gründen der Billigkeit die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand 1) suchen.

1) Es fließt dieses aus der Natur der Sache, und ist in den Rechten der Gebrauch dieses außerordentlichen Rechtsmittels, nachdem man sich schon eines ordentlichen bedient, nirgends verboten Joh. Balthasar Wernher P. IV. obs. 242. wohl aber ist es eine Unschicklichkeit, wenn ein präcludirter Gläubiger die Präclusionssentenz ex capite iustitiae vermittelst des Restitutionsgesuchs impugniren wollte.

§. 10.

Ist hingegen eine richterliche Verfügung der Präclusion halber noch nicht in den Akten anzutreffen, so kann freylich der Natur der Sache nach ein ordentliches Suspensiv- oder Devolutivmittel nicht Statt finden, sondern es muß solchenfalls ein Gläubiger, welcher sich säumig erwiesen, und daher die Präclusion fürchtet, entweder seiner Mitgläubiger Einwilligung zu der Zulassung seines Liquidi zu erlangen suchen 1), oder zu dem außerordentlichen Rechtsmittel, der **Wiedereinsetzung in den vorigen Stand** seine Zuflucht nehmen.

1) Es liegt in der Natur der Sache, daß nur die Einwilligung dererjenigen Mitgläubiger erforderlich sey, denen durch die Ausschließung dessen der noch zugelassen zu seyn wünscht, ein Vortheil zuwachsen könnte. So bedarf es also bey einem Handschriftsgläubiger auch nur der Einwilligung seiner Mitpercipienten.

§. 11.

Wende ich mich nunmehr zu der Restitution als dem gewöhnlichsten Mittel, die Präclusion abzulehnen, so habe ich hiebey 1. auf den Begriff, 2. auf die **Personen**, welche sich dieses Mittels bedienen, 3. auf die Zeit, wenn solches gebraucht wird, und die davon abhangende **Wirkung**, und 4. auf die Art des **Verfahrens**,

fahrens, welches dabey beobachtet zu werden pflegt, zu sehen.

§. 12.

Unter der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand verstehe ich nichts anders, als dasjenige Rechtsmittel, durch welches derjenige, welcher bey einem Concurse sich an dem Angeben seiner Forderung versäumt hat, den Richter bewegt, daß in Ansehung seiner der Concurs wieder in denjenigen Zustand gesetzt werde, in welchem er zur Zeit des Liquidationstermins war 1). Es treten also bey diesem Rechtsmittel die Grundsätze ein, welche bey einer Restitution überhaupt gelten, insonderheit diese, daß es I. nur ein subsidiarisches Rechtsmittel sey; II. daß es die Erstattung der Unkosten jedesmal zum Voraus setze 2); und III. daß es in der Regel nur denenjenigen angedeihe, welche darum nachsuchen.

1) Der Sprachgebrauch und die Definition einer Wiedereinsetzung überhaupt rechtfertigen diesen Begriff zur Gnüge. Ayrer in der angezogenen Schrift Sect. III. §. 2.

2) Wird die Restitution noch vor Versendung der Akten, zum Claßificationsurthel gesucht, so sind diese Unkosten freylich geringer, als in dem Falle, da es später geschieht. Sie bestehen hier blos in dem Aufwande, den die Anberaumung eines Specialliquidationstermins oder die

die Communication mit dem Curator Litis, oder auch den Gläubigern, deren Interesse dabey concurrirt, verursacht.

3) Dies ist ebenfalls eine Folge aus der Lehre von der Restitution überhaupt. Man hat zwar eine Art von Restitution, welche der Richter ungebeten, ja selbst ohne den andern Theil zu hören (breui manu) ertheilt; allein ein Richter hat hierbey eine ganz besondre Vorsicht anzuwenden, indem er in gewisser Maaße allemal einem Dritten bereits erlangte Rechte entzieht. **Adam Friedrich Reinhardt** de restit. in integrum quae fit breui manu, Bützow, 1778. Bey Concursen tritt diese Consideration in vorzüglicher Stärke ein, obschon kein Bedenken obwaltet, daß der Richter ungebeten und ohne die Gläubiger zu fragen oder ihre Genehmigung zu erlangen, zuweilen vor Sprechung des Locationsurthels solche Personen in integrum restituiren könne, welche den Rechten nach ex personali qualitate dieser Rechtswohlthat genießen. Zum wenigsten findet solches bey den Unmündigen und allen, die deren Rechte genießen, Statt, **Schöpf in dem angeführten Buche** §. 19. p. 274.

§. 13.

Ich ziehe daraus die wichtigen Folgen. I. Je leichter bey einem Concurse die Sache wieder in Ansehung dessen, der die Restitution sucht, in

in den Zustand gesetzt werden kann, in welchem sie zur Zeit des Liquidationstermins war, desto geneigter muß ein Richter seyn, diese Rechtswohlthat angedeihen zu lassen 1). II. Wenn dieses gar nicht, oder doch nicht ohne ganz besondre Weitläuftigkeit geschehen kann, so fällt der Gebrauch dieses Rechtsmittels hinweg.

1) David Mevius P. I. decis. 134. n. 6. Wolfgang Adam Lauterbach in colleg. theor. *practico* Pandect. Lib. XLII. Tit. V. §. 23.

§. 14.

So viel die Personen anlangt, welche sich dieses Rechtsmittels bedienen können, so beziehe ich mich hier um der Kürze halber überhaupt auf dasjenige, was in den Rechten überhaupt hiervon verordnet ist 1). Es gründet sich dieses Gesuch also, entweder auf eine besondre Qualität der Person, sie sey eine physische oder moralische 2), oder aber darauf, daß eine solche Ursache vorhanden, um welcher willen die Rechte die Restitution einem jeglichen angedeihen lassen 3), welche Ursachen wieder bald bestimmte bald unbestimmte sind 4).

1) Man sehe hiervon nach die Dd. ad tit. D. de in integrum restitut. und folgende Titel.

2) Hieher gehören die Minderjährigen, Gemeinden, der Fiscus, Kirchen, fromme Anstalten u. s. w.

Schöpf

Schöpf im angef. Buche §. 19. In wie fern die Weiber als solche Personen anzusehen sind, welche ex qualitate personae die Wiedereinsetzung verlangen können, ist eine Frage, welche Matth. Berlich Dec. 208. n. 7. u. f. mit David Mevius in discuss. leuam. inop. credit. Cap. 3. no. 123. und Decis. 218. P. I. bejahet hingegen von Lynker Dec. 453. und andre verneinen. Indessen ist in der Praxi die erstere Meynung angenommen.

3) Diese sind bekanntlich Furcht, Betrug, Abwesenheit und alienatio iudicii mutandi causa suscepta. Die nähern Erforderungsstücke einer jeden werden in den Pandekten gelehrt, und gehört hieher die weitere Ausführung um so weniger, je seltener eine dieser Ursachen bey Präclusionen in Concursen angezogen werden kann. Selbst die Abwesenheit greift hier nicht leicht Platz, weil bey ausgeflossenen Edictalladungen weder die außerordentliche noch die ordentliche entschuldigt, am allerwenigsten aber die, welche die Rechte absentiam ex vituperabili causa nennen. Der einzige hier passende Fall scheint also der zu seyn, wenn der Präcludirte in öffentlichen Verrichtungen außer Landes sich befindet. Matth. Berlich Dec. 208. n. 5.

4) Die bestimmten sind in der vorigen Anmerkung angegeben worden. Die unbestimmten sind zu der Restitution ex clausula praetoris

toris generali geeigenschaftet, und lassen sich unmöglich genau angeben. Es gehört hieher z. B. die zu späte Erlangung einer Urkunde, bey welchem Falle eben so verfahren wird, wie in processu ordinario solchenfalls Rechtens ist. Alle diese Ursachen aber setzen allemal zum voraus, daß die Läsion dem, der diese Restitution sucht, ohne seine Schuld zugefügt werden sey. L. 7. §. 1. D. de in integr. restit. L. 16. quibus ex caussis maiores. Es gehört hieher vornehmlich das Versehen des Advocaten, wo aber freylich erst am Tage liegen muß, daß der daraus entstandene Schade durch die gewöhnliche actionem mandati directam nicht abgewendet werden könne. Auf diese Art hebt sich der Widerspruch zwischen den Gesetzstellen L. 39. und 29. §. 1. de in integr. restit. und L. 10. C. de procurat.

§. 15.

Ob ein Unmündiger sich der Restitution sogleich bedienen könne, oder zuvor erst den Vormund, welcher ihn in Schaden gebracht, belangen müsse, ist eine Frage, welche Jacob Brunnemann 1) und Balthasar Wernher 2) dahin beantworten, daß dieses Rechtsmittel nur alsdenn gebraucht werden könne, wenn die Entschädigung von dem nachläßigen Vormunde nicht erlangt werden könne: Allein dieser Meynung steht L. 3. C. si tutor vel curator offenbar entge-

entgegen, und der letztere Rechtslehrer räumt selbst ein, daß in der Praxi Minderjährige sofort restituirt werden, ohne daß man erst darnach fragt, ob die Entschädigung von dem Vormunde hätte erlangt werden können oder nicht 3).

1) In dem Commentar über den Codicem L. 13. de judiciis no. 71. u. 72.

2) Part. I. Obs. 264.

3) Es scheint zwar der angeführten Gesetzstelle, der L. 13. §. 11. C. de judiciis zu widersprechen, allein hier wird blos eine Ausnahme von der in jenem Gesetz festgesetzten Regel gemacht, damit das von Justinian zur Beendigung aller causarum civilium geordnete triennium auch hier keinen Abfall leide. S. David George Struben in den rechtlichen Bedenken Th. I. Bed. 137. S. 321.

§. 16.

So wie überhaupt die Wiedereinsetzung in vorigen Stand denenjenigen nicht zu gute kömmt, welche vorsätzlicher Weise und aus geflissentlichem Ungehorsam gegen die Befehle des Richters sich Schaden zugezogen haben 1), also ist auch bey Concursen derjenige präcludirte Gläubiger dieser Rechtswohlthat unwürdig, welcher aus Vorsatz das Liquidiren verabsäumt, und also contumaciam veram zu Schulden gebracht hat.

1) Lex

1) Lex 26. D. ex quibus causis maiores. L. 9. §. 2. L. 37. §. 1. de minoribus.

2) Joh. Balthasar Wernher, P. X. Obs. 374.

§. 17.

Eben so kann überhaupt derjenige, welcher an der erlittenen Läsion selbst Schuld hat, der Regel nach die Restitution nicht erlangen, und es ist also ein durch seine Schuld präcludirter Gläubiger eigentlich dieser Rechtswohlthat nicht fähig.

Die Beurtheilung, ob etwas zu Schulden gebracht worden sey oder nicht, ist dem Ermessen des Richters zu überlassen.

1) L. 7. §. 1. D. de in integr. restit. L. 16. quibus ex causis maiores L. 203. de R. I. Herr geheime Regierungsrath Hellfeld in iurispr. forensi. §. 440.

2) Freylich geht man in Praxi sehr darüber hinaus, zumal in den Fällen, wenn die erlangte Restitution keine großen Umstände macht, (siehe oben §. 13.) Joh. Gottfr. Schaumburg in compend. iur. Digg. Lib. IV. tit. 1. §. 11. daß bey minderjährigem culpa nicht schade, versteht sich von selbst.

§. 18.

Ob derjenige, welcher eine solche Forderung, die einem, der ob qualitatem personae der Resti-

tution sich zu erfreuen hat, zustand, an sich bringt, sich eben dieser ihm sonst nicht zustehenden Rechtswohlthat bedienen könne, ist eine Frage, deren Entscheidung von der streitigen Rechtsfrage abhängt, ob das beneficium restitut. in integrum überhaupt eine dingliche oder blos persönliche Rechtswohlthat sey 1). Indessen versteht es sich von selbst, daß, wenn der dermalige Eigenthümer einer solchen Schuld von diesem Rechtsmittel Gebrauch machen will, solche zu der Zeit, da die Versäumung geschehen, noch in dem Eigenthum dessen gewesen sey, dem ex qualitate personae die Restitution zusteht.

1) Diese streitige Rechtsfrage findet man vortrefflich erläutert und bejahend entschieden in des Herrn Hofrath Joh. Ludewig Schmidts Dissertation de restitut. in integrum num sit beneficium reale aut personale. Jena, 1777.

§. 19.

Obgleich sonst derjenige, dem die Gesetze ein besondres Vorrecht oder Ausnahme zugestehen, gegen einen mit einem gleichen Vorrecht oder Ausnahme begünstigten, sich seines Rechts nicht bedienen kann, so ist doch, daß ein Minderjähriger durch gesuchte Restitution sein Recht gegen einen ebenfalls Minderjährigen geltend machen könne, um so mehr außer Zweifel, da hier der erstere in Abwendung eines Schadens versirt, aus welchem der andre Nutzen ziehen

will,

will, und also die Rechte diesen für letztern besonders begünstigen 2).

1) In wie weit erlauchte Personen auf diese Rechtswohlthat Anspruch machen können, lehrt Herr geh. Regierungsrath Joh. August Hellfeld in dem Program. de restitut. in integrum person. illustribus competente. Jena, 1777.

2) Herr Hofrath Hommel in der Rhapsodie. Obs. 624.

§. 20.

Ich wende mich nunmehr zu der Bestimmung der Zeit, zu welcher die Restitution gesucht und dadurch die zu befürchtende oder schon erkannte Präclusion abgewendet werden kann. Ich setze hier aus dem oben angegebenen Begriff 1) die allgemeine Regel fest: so lange die Sache in Ansehung dessen, der die Restitution sucht, sich in einer solchen Lage befindet, daß sie in die Umstände wieder versetzt werden kann, in welchen sie sich zu der Zeit des Liquidationsgeschäfftes befand, so lange es noch möglich und thunlich ist, den zu restituirenden in Ansehung der Liquidität und Vorrechte seiner Forderung zu hören, die Einreden des Curator litis und der Mitgläubiger dagegen zu erörtern, und der Post, welche zu liquidiren vergessen worden, die ihr gebührende Stelle anzuweisen, und die ihr zukommende Befriedigung

zu verschaffen, so auch Zeit, das Restitutionsgesuch anzubringen. Daß mit Verlauf des Quadriennium die Restitution auch bey Concursen erlösche, versteht sich von selbst.

1) Siehe oben §. 12. und 13.

§. 21.

Daß solches vor Einholung oder Abfassung des Graduationserkenntnisses geschehen könne, beruhet außer allen Zweifel, allein es ist auch eben so gewiß, daß nach Eingang dieses Rechtsspruchs das Restitutionsgesuch annoch mit Erfolg angebracht werden könne, es mag nun in dieser Sentenz in Ansehung der Präclusion etwas erkannt worden seyn oder nicht.

§. 22.

In Ansehung des erstern Falls, wenn nämlich ein Locationsurthel in den Akten noch nicht befindlich, bemerke ich, daß einige Rechtslehrer in solchem Falle es für überflüßig halten, Restitution zu suchen, und vielmehr den Säumigen annoch ipso iure zulassen, moram zu purgiren und seine Forderung zu betreiben 1): allein es ist mit mehrerm Rechte zu behaupten 2), daß mit dem Verlaufe des vorgeschriebenen Tages das Recht, zu liquidiren, erloschen sey, und daher auch in einem solchen Falle durch die Restitution unter der gewöhnlichen Kostenerstattung

das

das Recht, zu liquidiren, wieder erlangt werden müsse.

1) David Mevius P. III. dec. 48. no. 3. mit welchem zu verbinden ist Johann Gottfried Schaumburg in princ. praxeos iurid. iudiciar. Lib. II. Cap. VIII. §. 19. no. 1.

2) Der Beweis dieser Meynung ist aus denen oben Abtheil. II. §. 3. und 4. festgesetzten Grundsätzen herzunehmen. Im Ganzen ist diese Verschiedenheit der Meynung nicht ganz ohne allen praktischen Effect wegen der Kostenerstattung, welche jedesmal die Restitution in integrum begleitet.

§. 23.

Ist hingegen schon eine Locationssentenz bey den Akten, so mache ich zwar keinen Unterschied, ob in selbiger der Präclusion halber etwas verordnet worden oder nicht 1); wohl aber sondere ich die zwey Fälle von einander ab, ob bereits die Concursmasse vertheilt sey oder nicht.

1) Die Präclusionsclausel pflegt nicht leicht vergessen zu werden, wenn es aber auch geschehen seyn sollte, so versteht sie sich von selbst, denn nicht die Sentenz präcludirt, sondern der Verlauf des präclusivischen Termins. Samuel Stryk ad Brunnemann. processf. concurs. credit. Cap. III. §. 11. Siehe II. Abtheil. §. 2. mit mehrern.

2) In dem Sachsen-Altenburgischen wird nach dem Locationsurthel gar kein Restitutionsgesuch beabsichtigt Proc. Ordn. Th. I. Kap. 37. §. 5. in dem Herzogthum Gotha wird überhaupt ein Gläubiger, der nicht in dem Liquidationstermine erschienen, damit nicht gehört P. O. Th. I. Kap. 37. Art. II. §. 1.

§. 24.

Ist die Concursmasse noch nicht vertheilt, so liegt es am Tage, daß die Restitution mit Erfolg gebraucht werden könne, und der restituirte Gläubiger zu derjenigen Perception sich dadurch qualificirt, zu welcher er gelangt seyn würde, wenn er gleich anfangs mitliquidiret hätte. Ich gründe diesen Satz, daß auch nach ergangenem Locationsurthel, wenn die Vertheilung der Masse noch nicht erfolgt ist, noch dieses subsidiarische Rechtsmittel gebraucht werden könne, auf folgendes:

Erstlich ist an sich dieses Remedium gegen rechtskräftige Erkenntniße caeteris paribus zulässig 1). und es ist kein Gesetz vorhanden, welches beym Concursprocesse hierunter eine Ausnahme macht.

Zweytens läßt sich in dem hier zum Grunde gelegten Falle die Sache wieder in den Zustand setzen, in welchem sie zur Zeit des Liquidationstermins war, eben so gut als vor der Locations-

sentenz,

sentenz, und es tritt also die oben 2) festgesetzte Regel ein, und endlich

Drittens bestärken diesen Satz auch Joh. Gottfried Schaumburg 3), Wolfg. Adam Schöpf 4), George Heinrich Ayrer 5), Augustin von Leyser 6), und andre Rechtslehrer 7).

1) L. 1. 3. D. de restit. in integr. und die Dd. ad hunc titulum.

2) Siehe oben den §. 20. dieser Abtheilung.

3) In princ. prax. Lib. II. Cap. VIII. §. 19.

4) Im angef. Buche, §. 17.

5) In der oft angezogenen Dissertation. Kap. III. §. 5.

6) Spec. 490. med. 2.

7) Wolfg. Adam Lauterbach im Colleg. theor. pract. Pandect. Lib. XLII. tit. V. §. 23. woselbst er aber causam grauem verlangt.

25.

Ist hingegen die Vertheilung der Concursmasse bereits erfolgt, so ist die Entscheidung der Frage zwar zweifelhafter, und es behaupten viele Rechtslehrer, daß in einem solchen Falle die Wiedereinsetzung ohne alle Wirkung sey: allein ich pflichte doch der Meynung dererjenigen

bey, welche dem restituirten Gläubiger das Recht beylegen, sein Recht gegen seine bezahlte Mitgläubiger in der Maaße geltend zu machen, daß er das Quantum seiner Forderung in totum aut tantum von denjenigen zurückfordert, welche nicht bezahlt worden wären, wenn seine Forderung vor der Distribution der Masse dem Richter bekannt gewesen wäre.

1) Es versteht sich von selbst, daß alle übrige Erfordernisse der Restitution, die Zeit, wo selbige noch gesucht werden kann, die Unkostenerstattung u. s. w. vorhanden und beobachtet seyn müssen.

§. 26.

Der Grund dieser Meynung liegt theils in der natürlichen Billigkeit 1), theils in der Analogie der Rechte, daher auch David Georg Struben 2) und der berühmte Herr Hofrath Walch 3) der vorgetragenen Meynung beypflichten.

1) Siehe den §. 5. und 6. dieser Abtheilung.

2) Rechtliches Bedenken, Th. I. S. 170.

3) Introd. in controv. iuris ciuil. p. 502. ed. nouiss.

§. 27.

Ich beziehe mich hierunter theils auf die Thunlichkeit der von dem präcludirten Gläubiger

ger zu suchenden Entschädigung von demjenigen, der darnach zur Perception kam, daß jener sich nicht meldete: theils auf die von Struben 1) angezogene Gesetzstellen.

1) L. 19. §. 1. de condict. indebiti, die aber freylich für eine deutliche Beweisstelle nicht ausgegeben werden kann. Indessen braucht es keines Gesetzes, da die aequitas naturalis a Legibus non reprobata unsrer Meynung zur Seite steht. Noch mehr ist diese Meynung durch den L. 32. D. de rebus creditis unterstützt, in welchen von einem Falle die Rede ist, da an einen Dritten Geld, das noch nicht in meinen Händen war, sondern nur mir hätte bezahlt werden sollen, gekommen war, und dennoch behauptet wird, daß dieser Tertius, ob er schon weder ex conuentione noch ex delicto verbindlich ist, gehalten sey, mir dieses Geld zu restituiren. von Lynker Vol. I. Resp. III. no. 23. und folgende bis ans Ende.

§. 28.

Die gegentheilige Meynung gründet von Leyser 1) theils auf den L. 44. de condict. indebiti, theils auf L. 1. §. 12. de separationibus, allein es haben solche gar keine Beweiskraft, indem selbige gar nicht von dem Falle reden, der hier zum Grunde gelegt wird, und man von einem solchen Gläubiger, der zur Perception

gelangte, weil ein andrer, der ein besser Recht hatte, sich meldete, nicht sagen kann, quod suum receperit.

§. 29.

Was für eine Klage von dem präcludirten Gläubiger desfalls anzustellen sey, ist theils aus dem, was oben angeführt worden, ersichtlich 1), theils auch dadurch beantwortet, daß den Rechten nach die Restitution per modum actionis gesuchet und deren Endzweck auf solche Art erreicht werden kann 2). Ueberhaupt aber ist diese Frage nicht wichtig, da es genug ist, daß jener ein Recht gegen den andern habe, um die Klage zu fundiren, ohne daß die Angabe eines besondern Namens erforderlich sey.

1) §. 6. dieser Abtheil. verglichen mit §. 51. u. f. der vorigen.

2) Dd. ad tit. de restit. in integr. Der Klaggrund ist also darinne zu setzen: Beklagter hat seine Befriedigung ganz oder zum Theil erhalten — würde sie nicht erhalten haben, wenn Kläger mit claßificiret worden wäre — Kläger ist zur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand geeigenschaftet. Eine solche Klage ist in foro eine seltene Erscheinung, ob sie schon ohne alle Zweifel Statt findet.

§. 30.

Die Ausflüchte, mit welchen der Beklagte sich schützen kann, sind vornehmlich gegen das Vorzugsrecht der Forderung des Klägers und gegen die Statthaftigkeit des Rechtsmittels der Restitution zu richten. Insonderheit aber ist die Einrede der Verjährung hier sehr wichtig, und der Beklagte darf nur beweisen, daß das empfangene Geld über drey oder in Sachsen ein Jahr in seinen Händen sey, um sich gegen diese Ansprüche zu sichern 1).

1) Es mag nun bona fides vorhanden gewesen seyn oder nicht, so macht solches keine Aenderung, weil man in Praxi der Meynung ist, bey der auslöschenden Verjährung sey darauf nicht zu sehen. Uebrigens würde bona fides doch auch hierbey keine Wirkung in Ansehung der Zinsenaufrechnung haben.

---

§. 31.

Das Verfahren bey der Restitution eines präcludirten Gläubigers kömmt völlig mit dem Modo procedendi überein, der bey der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, nachdem ob solche exceptiue oder in Form einer Klage gesucht wird, gewöhnlich ist, und bedarf also hier keiner besondern Erörterung, sondern es ist nur so viel zu gedenken, daß diejenigen Mitgläubiger dagegen gehört werden müssen, denen die Restitu-

stitutionserlangung Nachtheil bringt oder bringen könnte.

1) Das Iudicium, bey welchem ein Gläubiger die Restitution zu suchen hat, ist durante adhuc concursu allemal das Forum concursus oder dessen Oberrichter. Tritt aber der Fall ein, von welchem in dem §. 25. u. f. geredet wird, so ist dies eine ganz andre Frage, doch bleibt meines Behalts wohl der ordentliche Gerichtsstand des belangten Mitgläubigers das eigentliche forum competens, denn ob gleich eigentlich die Rescißion einer Handlung des fori concursus zum Grunde liegt, so ist doch dieses Iudicium, so bald die Destribution geschehen, finitum, und hat kein Mittel mehr, seine Citationen und Erkenntnisse gegen den belangten Gläubiger ad effectum zu bringen.

Drit-

Dritter Abschnitt.

Von der uneigentlichen Präclusion bey entstandenem Concurse der Gläubiger.

§. 1.

Gehe ich nunmehr zu der uneigentlichen Präclusion über, so verstehe ich darunter diejenige Entschließung des Richters, durch welche ein Gläubiger, welcher sich bey einem entstandenen Concurse in dem anberaumten Liquidationstermine gebührend gemeldet, seiner Forderung dennoch und zwar darum verlustig wird, weil er in dem Laufe des Processes etwas versäumt hat, so zur Geltbarmachung seines Rechts nothwendig erforderlich war.

§. 2.

Es gehören also hieher diejenigen Versäumnisse nicht, welche bey den nicht wesentlichen Stücken des Concursprocesses vorkommen, und nur mit dem Verluste eines Theils der liquidirten Forderung oder einer Geldstrafe angesehen werden, als die Mängel der Legitimation zum Processe, das Nichtangeben vor dem Termine an den Orten, wo solches verlangt wird i) — das

das Nichterscheinen in dem Publicationster-mine — die Unterlassung der abgeforderten Erklärungen u. s. w.

1) Dieses ist z. B. in den sachsen-altenburgischen Landen befohlen bey einer Strafe von 10 Thalern. 11te Sammlung der Beyfugen zur Landesordnung S. 309.

§. 3.

Wohl aber rechne ich hieher alle diejenigen Unterlassungen, welche die zur Deducirung des liquidirten Rechts wesentlich nothwendige Stücke betreffen, und also auch den Verlust der ganzen Forderung nach sich ziehen.

1) Der Unterschied zwischen der eigentlichen und uneigentlichen Präclusion, liegt also in der Ursache sowohl als in der Wirkung, maassen, wie in folgendem gezeigt wird, bey der uneigentlichen Präclusion das ganze Recht des präcludirten Gläubigers verloren geht, welches bey der eigentlichen Präclusion nicht geschieht.

§. 4.

Diese Nachläßigkeit äußert sich vornehmlich bey folgenden Gelegenheiten:

I. Wenn der Liquidant sich an der ihm zuerkannten Bescheinigung oder Gegenbescheinigung versäumt.

Ist

Ist es im ordentlichen Processe den Gesetzen gemäß, daß, wenn der Kläger nicht beweiset, der Beklagte losgesprochen wird 1), so hat es bey dem Concursprocesse gleiche Bewandniß.

Es bedarf also auch hier nicht einmal einer Ungehorsamsbeschuldigung von Seiten des Curatoris litis 2). Doch wird zum Voraus gesetzt, daß ein gewisser Bescheinigungstermin, der eine gesetzliche Frist begriffen, bestimmt gewesen und Liquidant solchen vorbeygehen lassen, ohne die ihm nachgelassene Bescheinigung zu führen.

1) Arg. L. 4. C. de edendo.

2) Joh. Friedrich Seyfarth im deutschen Reichsprocesse, Kap. XII. §. 15.

3) Nach strengen Rechten ist kein Zweifel, daß ohne weitere richterliche Verfügung das Beweisfatale, dessen Zeitinhalt an jedem Orte die Landesgesetze oder der Gerichtsbrauch bestimmen, gleich von der Rechtskraft des Urthels zu laufen anfange, und es fließt dieses Assertum von selbst daraus, daß im ordentlichen Processe dieses Rechtens sey; Seyfarth am angeführten Orte, §. 14. u. 15. und aus dem unstreitigen Satze, daß eben das, was bey einem Processe überhaupt Platz greift, in dubio auch bey Concursprocessen seine Anwendung finde. Freylich ist bey dem Concurse, als einem summarischen Processe, erlaubt und gewöhnlich, daß der

Beweis der Forderung gleich vor der Inrotulation der Acten zu einem Locationserkenntniß zu den Acten gebracht werde, und ist dieses geschehen, so wird, im Fall der Beweis unvollständig ist, auf bessern Beweis erkennt. Samuel Stryck de probationis probatione meliori: ist solches aber nicht geschehen, so lociret das Urthel die Forderung zwar, legt aber den Beweis desselben auf. Ob es nun gleich solchenfalls keine weitere Anweisung an den Bescheinigungsführer bedürfte, sondern das Fatale sogleich läuft, so pflegen doch gewöhnlicher Maaßen die Richter hierunter den gewöhnlichen Weg zu gehen, und entweder Amts wegen die Frist per Resolutionem zu setzen, oder auf Anregen des Curatoris litis zur Purification der Locationssentenz die Creditoren, welche sich in diesem Falle befinden, anzuweisen. Ueberhaupt wird es bey Concursen mit dem Bescheinigungsfatali nicht so genau, wie bey andern Proceßarten genommen, Joh. Jacob Ludovici im Concursproceß, Kap. VI. §. 1. und 13.

§. 5.

Diese Versäumniß nutzt denen Mitgläubigern, indem man annimmt, daß diese Forderung, an deren Bescheinigung sich Liquidant versäumt, gar keine gerechte Forderung sey 1).

1) Sonst ist von der Bescheinigung und Gegenbescheinigung bey Concursen nachzulesen Johann Jacob Ludovici im Concursproceß Kapitel VI. per totum.

2) Hat das Locationsurthel die Forderung eines einzelnen Gläubigers pure locirt, und ist auf eingewendete Läuterung dahin abgeändert worden, daß diese Forderung erst besser bescheiniget werden soll, so nutzt, wenn die Bescheinigung nicht erfolgt, diese Versäumniß blos dem Läuteranten, nicht aber den übrigen Mitgläubigern, weil für diese das Locationsurthel in diesem Punkte rechtskräftig ist und die eingewendete Läuterung sie nichts angeht, Herr von Berger in seinen Elect. discept. forens. T. 34. Obs. 7. p. 806.

§. 6.

Eben so tritt der Fall des Verlusts der ganzen Forderung ein,

II. wenn der Liquidant sich an der Ablegung des ihm zuerkannten Eides versäumet, indem es auch hier eben so gehalten wird, wie bey jeder andern Civilsache 1). Im übrigen finden in Ansehung der Erbietung zum Eide, Annehmung desselben für geleistet u. s. w. eben die Principien statt, welche bey dem gemeinen Proceße Platz greifen.

1) Joh. Gottfried Schaumburg in princ. proc. iudic. Lib. I. Sect. I. Membr. III. §. 17. Solchenfalls übergiebt der Curator litis eine Anklage des Ungehorsams, und bittet in Sachsen, daß der Liquidant des Eides für verlustig geachtet werde, oder nach der gemeinen Praxi, daß die Vertheilung in poenam iurare nolentis erfolge, welches per Decretum zu geschehen pflegt, und nachher heißt es also auch hier actore non probante reus absoluitur.

§. 7.

Die Desertion des Eides kömmt denen Mitgläubigern aus eben dem Grunde zu Statten, aus welchem solches oben §. 5. von der Versäumniß an der Bescheinigung behauptet worden.

§. 8.

Ferner äußert sich der Fall einer solchen Versäumniß,

III. **Wenn der Liquidant die ihm aufgegebene Legitimation ad causam nicht bewürket** 1).

Unterläßt er die Beybringung dieses Umstandes 2), so ist der Verlust der Forderung unvermeidlich 3).

1) Diese Berichtigung der Legitimation ad causam ist jedesmal erforderlich, wenn die Liquidanten

danten gekommen, und der Besitz der Documente befreyet davon nicht — auch dann nicht einmal, wenn dieselben auf den Briefsinnhaber lauten. David Mevius P. VII. dec. 126. und Herr von Berger in oecon. iur. Lib. III. tit. V. thes. 5. not. 12.

2) Dieser Beweis kann nicht durch die Eideszuschiebung geschehen, weil man nicht super factis alienis Eide deferiren kann, am allerwenigsten bey einem Curatore litis, obschon der angeführte Berger in den Supplementen ad E. D. F. tit. 18. §. 7. p. 169. solches behauptet. Auch findet hier nicht einmal der Erfüllungseid Statt, Anton Faber in codice Sabaudiae Lib. IV. tit. 29. def. 13. Und es kömmt damit überein der berühmte Herr Hofrath Hommel in rhaps. obs. 12. obgleich selbiger sonst unter der legitimatione ad causam actiua (des Klägers) und passiua (des Beklagten) einen gegründeten Unterschied macht, und bey letztern (eben weil hier von einem facto proprio die Rede ist) den Beweis durch Eid zuläßt.

3) Eben so, wie in einer jeden andern Rechtssache, weil Kläger, daß ihm das Recht an Beklagten zustehe, nicht erwiesen hat. Es kömmt auch hier gar nicht darauf an, ob die Beybringung dieser Legitimation sub praeiudicio der Ausschließung, oder bey Geldstrafe, oder ohne dieses aufgegeben worden, weil es einer solchen

Strafe gar nicht bedarf, Hommel im deutschen Flavius Artic. Legitimatio ad causam no. 1. not. Doch pflegt in Chursachsen ein Präjudiz angedroht zu werden wegen des §. VIII. des Anhangs zur erläuterten Proceßordnung.

§. 9.

Ob dasjenige Quantum, mit welchem der, welcher sich nicht ad causam legitimirt hat, zur Perception gekommen seyn würde, wenn er die Legitimation beyzubringen vermocht, dem Fiscus oder der Concursmasse anheimfalle, ist eine Frage, welche ich weder in den Gesetzen noch in den Schriften der Rechtsgelehrten entschieden finde. Indessen scheint das letztere der Natur der Sache gemäßer 1).

1) Der Grund hiervon liegt freylich nicht in der §. 5. und 7. angenommenen Unrichtigkeit der Forderung selbst, sondern theils in der bis zur Locationssentenz dauernden Gemeinschaft der Gläubiger, theils darinne, daß der Natur der Sache nach der vorliegende Fall so angesehen wird, als habe der Liquidant kein Recht zu der liquidirten Forderung, weil er keins erweislich machen können, und der eigentliche Eigenthümer der Schuld habe sich an dem Liquidiren versäumt, und falle also in die Strafe der eigentlichen Präclusion.

§. 10.

Endlich trifft auch die uneigentliche Präclusion

IV. diejenigen, welche zwar ihre Obliegenheit während des Concurses beobachtet haben, sich aber zur Empfangnehmung des, nach dem Distributionsbescheide auf sie kommenden Perceptions-quanti, der ergangenen richterlichen Erinnerung ohnerachtet, nicht melden.

So selten dieser Fall scheint, so lehret doch die Erfahrung, daß er nicht ungewöhnlich sey 1), und die Auseinandersetzung der hierbey vorkommenden Fragen verdient also immer unsre Aufmerksamkeit.

1) Da Concurse, welche 10, 20 und mehr Jahre dauern, nichts seltenes sind — da Concurse oft viele Jahre wegen andrer dahin einschlagender noch nicht beendigter Rechtshändel quiesciren, und während eines so langen Zeitraums die Anwälde und Liquidanten selbst gar öfters mit Tode abgehen — entfernte von der in Frage seyenden Forderung nicht unterrichtete Erben verlassen — nicht selten auch die Liquidanten selbst den außergerichtlichen Aufwand scheuen oder von dem Betrage der Masse eine geringere Meynung haben, als wirklich ist, und also nicht weiter nach ihren Liquidis fragen, so kömmt der im §. angegebene Fall doch zuweilen

vor, und es zeugen davon die in den öffentlichen Blättern deßfalls erfolgende Aufforderungen.

§. 11.

Ich sehe hierbey theils auf das Verfahren des Richters gegen einen solchen säumigen Gläubiger, theils auf die Wirkung, welche eine solche Nachläßigkeit sowohl in Ansehung desjenigen, welcher solche zu Schulden gebracht, als in Ansehung andrer hervorbringt.

§. 12.

Sehe ich zuerst auf das, was der Richter zu thun hat, so darf solcher nicht blos dabey stehen bleiben, daß er die Gläubiger zur Eröffnung eines Distributionsabschiedes aufruft, oder sie zur Empfangnehmung der Gelder auffordert, sondern er muß dem in solchem Termine nicht erscheinenden oder dessen Erben durch Edictalien 1) bekannt machen daß eine gewisse Summe ihm im Concurse zugefallen sey, und selbigen, unter Gestattung einer auslangenden Frist 2), zur Empfangnehmung 3) unter der Verwarnung vorladen, daß im Fall des Außenbleibens der Säumige ferner Forderung für verlustig erklärt werden solle.

1) So bald die Rede davon ist, daß einer, dessen Aufenthalt nicht bekannt ist, (denn bey Bekannten ist der Fall undenkbar) eines habenden Rechts

Rechts verlustig erklärt werden soll, so müssen jedesmal Edictalien erlassen werden, arg. Sachsenspiegel, Buch II. art. 37. weil dieses der einzige Weg ist, einen, dessen Aufenthalt nicht bekannt ist, gesetzmäßig zu citiren. S. oben 1ste Abtheil. 2ter Abschnitt, §. 16.

2) Die Formalien der Edictalerlassung sind eben dieselben in dem vorliegenden Falle, wie bey der Eröffnung des Concurses. Ob aber eine dreymalige Setzung eines Tages und Inserirung in die Zeitungen erforderlich sey, ist eine Frage, welche aus den oben schon festgesetzten Principien zu entscheiden ist. Doch geschieht in Praxi solches gemeiniglich. Von Chursachsen ist nachzusehen das neue Generale von Edictalcitationen in Civilsachen außerhalb des concursus creditorum vom 13ten November 1779.

3) Erscheint Jemand, welcher ein Recht zu haben behauptet, und sich sowohl vor seine Person als ad causam genüglich legitimiren kann, so erhält solcher zwar das vorräthige Quantum, jedoch muß selbiger sämmtliche Kosten tragen, kann auch, weil er in mora accipiendi sich befindet, keine Zinsen fordern. Ist aber das Recht eines solchen zweifelhaft, so muß es der Procurator des Fiscus mit ihm ausmachen.

4) Daß der Richter ein solches Präjudiz setzen könne, ist außer Zweifel, weil ihm nicht an-

gemuthet werden kann, fremde Gelder, nach Austrag der Sache und erfolgter Aufforderung derer, welchen solche gehören, ferner zu bewahren. Es kömmt auch dieses mit dem oben II. Abschn. I. Abth. §. 13. gelehrten Grundsatze überein.

§. 13.

Hauptsächlich ist es die Schuldigkeit des Richters, den unbekannten nachläßigen Gläubiger nicht zu übereilen 1), sondern ihm eine auslangende Frist zu ertheilen, seine Gelder in Empfang zu nehmen. Es entsteht also hierbey die Frage:

Ist es genug, wenn die präclusivische Aufforderung die gewöhnlichen gesetzlichen Fristen einer Edictalcitation enthält, oder muß noch die Verjährungszeit hinzukommen, ehe der säumende Gläubiger seines Rechts für verlustig erklärt werden kann?

1) Unter einer Menge von Gesetzstellen, welche für die Abwesenden sorgen, und daß Niemand leicht seines Rechts für verlustig erklärt werden soll, verordnen, ziehe ich folgende an: L. 14. §. 14. D. de religios. L. 5. pr. D. de probat. L. 1. de negot. gest. In Chursachsen verordnet das Mandat von Edictalcitationen in Civilsachen außer Concursen, §. 1. n. 6. daß bey gerichtlichen Depositis die Auffor-

forderung erst nach vollendeter Verjährung erfolgen solle, und es ist kein Zweifel, daß auch bey Depositis, welche aus Concursen originiren, es eben so gehalten werden müsse. Eben daselbst ist auch verordnet, daß allemal noch binnen Jahres Frist a die publicationis sententiae praeclusiuae dem aufgerufenen freystehen soll, sich annoch zu melden.

§. 14.

Beantworte ich diese Frage nach der Theorie, so trage ich kein Bedenken, wider die gemeine Meynung zu behaupten, daß das Recht des Gläubigers erst nach Ablauf der Verjährungszeit erlösche, und ich führe dieserhalb folgende Gründe an:

Erstlich bestimmen die Gesetze auf die Nachläßigkeit in der Regel nur alsdenn den Verlust des Rechts, wenn dieselbe die vorgeschriebene Verjährungszeit durchgedauert hat.

Zweytens ist der Grund, warum ein solcher Gläubiger seiner Forderung verlustig wird, wie unten näher ausgeführt wird kein andrer, als eine derelictio praesumta u. eine solche Dereliction wirkt nicht ipso iure den Verlust der Sache — giebt dem, der sich der Sache bemächtigt, oder bey dem sie sich befindet, nicht sofort ein Eigenthum daran, sondern nur einen titulum ad effectum vsucapiendi 2).

Endlich ist auch drittens das Präjudiz, das aus der Präclusion dieser Art erwächst, weit größer, als dasjenige, welches auf das Nicht-liquidiren folgt, indem bey letzterm das Recht selbst in salvo bleibt, und es kann also nicht nur von der eigentlichen Präclusion auf diese Art der uneigentlichen nicht argumentirt werden, sondern es liegt vielmehr darinne ein Billigkeitsgrund zu einer längern Zeitgestattung.

1) Dieser Satz ist der Analogie des Rechts vollkommen gemäß, und bedarf keines Beweises. Man sehe indessen die in der Anmerk. zum vorigen §. angeführte Gesetzstellen mit mehrern nach.

2) Es sagt daher Paullus im L. 4. D. pro derelicto: id quod pro derelicto habitum est vsucapere possumus. Ein andres ist aber freylich, wenn der Eigenthümer voluntatem derelinquendi ausdrücklich declarirt, denn hier geht die Sache sogleich auf den occupantem über L. 1. h. t.

§. 15.

Dieser angenommenen Meynung steht auch nicht entgegen, daß 1. sogar ein verlassenes Grundstück dem, welcher selbiges bauet, nach zwey Jahren unwiderruflich zufällt 1), daß 2. bey einer Erbschaft, zu welcher die Erben nicht bekannt sind, die Verjährungszeit nicht beobachtet,

tet, sondern nach Verfluß des Termins selbige dem sich meldenden Erben, er sey so entfernt er wolle, zugeschlagen, oder der Obrigkeit übereignet wird, und daß 3. nach deutschen Rechten und Gewohnheiten bey gefundenen Sachen binnen einer kürzern Zeit das Eigenthumsrecht erlöschet, und hierbey nicht auf die Verjährungszeit gesehen wird 3).

1) L. 8. C. de omni agro deserto und daß diese Disposition noch in viridi obseruantia sey, lehret **Augustin von Leyser** spec. 443. med. 3. obgleich sonst viele an der Gesetzeskraft der drey letzten Bücher des Codex zweifeln. **Burchard Gotthelf Struv** in biblioth. iurid. Cap. VI. §. III.

2) Ich berufe mich hierunter auf den allgemeinen Gerichtsbrauch. Herr Hofrath **Hommel** in der Rhapsodie obs. 106.

3) Was hierbey Rechtens sey, bestimmt das **sächsische Landrecht** Lib. II. Art. 29. und 37. nach den verschiednen Fällen. **Benedict Carpzov** P. III. Constitut. 31. def. 78. und **von Berger** in der oecon. iuris Lib. II. tit. 11. §. XII.

§. 16.

Der erstere Einwurf bekräftigt eher die angenommene Meynung, als daß er solcher zuwider seyn sollte.

In

In dem zum Grunde liegenden Gesetz wird selbst ein gewisser Zeitverlauf gesetzt, ehe das Eigenthum einer verlassenen unbeweglichen Sache auf den, welcher solche occupirt hat, übergeht. Daß hier nur ein zweyjähriger Zeitraum festgesetzt ist, kann eines Theils außer den zum Grunde liegenden Fall nicht erstreckt werden, und andern Theils ist die besondre Ursache der Zeitverkürzung darinne zu suchen, daß dem gemeinen Wesen daran gelegen ist, daß Grundstücken nicht ungebauet liegen, dagegen selbigen weit weniger darunter abgeht, wenn der, welcher Gelder zu empfangen hat, solche nicht zur rechten Zeit in Empfang nimmt.

1) Auch dem Richter kann es gleichgültig seyn, wenn das vorräthige Geld nicht zur rechten Zeit in Empfang genommen wird, weil er nicht nur für die Aufbewahrung die gewöhnlichen Depositengebühren erhält, sondern auch der zufällige Verlust an sich und insonderheit den in mora seyenden Creditorem trifft.

§. 17.

Die zweyte Einwendung stößt eben so wenig die angenommene Meynung um. Es enthält solche eigentlich zweyerley Fälle, nachdem, ob eine Erbschaft den bekannt gewordenen Erben zum Präjudiz der unbekannt gebliebenen nähern überlassen, oder weil sich gar keine Erben legitimiren können, dem Fiscus zugesprochen wird.

In

In beyden behaupte ich, daß nach der Analogie des Rechts die Verjährungszeit abgewartet werden müsse, und der nähere Erbe noch immer hereditatis petitionem, welches eine actio perpetua ist, gegen den entfernten, welcher die Erbschaft besitzt, anstellen, auch von dem Fiscus den an selbigen genommenen Nachlaß zurückfordern könne, und obgleich bey dem Fiscus die praxis contraria ist, so kann doch daher ein Argument gegen den oben aufgestellten Satz nicht hergenommen werden.

1) Zum wenigsten ist doch dieses der Analogie und den ausdrücklichen Worten des sächsischen Landrechts L. 1. Art. 28. gemäß, wo es heißt: „was solches erblos stirbt, als Heergewett Erb- oder Gerade, das soll man antworten dem Richter oder Fronboten, ob er es heischet nach den dreyssigsten. Das soll denn der Richter behalten Jahr und Tag unverthan, und warten, ob sich jemands dazu ziehen wollte mit Recht.„ Es kömmt damit überein das Responsum in der Hommelischen Rhapsodie obs. 106. Und was hindert denn, daß der entferntere Erbe die Erbschaft wieder herausgebe, wenn der nähere vor Verlauf der Verjährungszeit sich legitimirt, da der Besitzer der Erbschaft als bonae fidei possessor doch immer die fructus perceptos behält — oder daß im Fall gar keine Erben sich melden, ein

Cura-

Curator massae hereditariae bestellt, und die Nachlassenschaft so lange verwaltet werde, bis die Zeit der Präscription vollendet ist. Zum wenigsten ist diese Meynung dem sehr angemessen, was **Modestinus** im L. 10. D. de iure fisci sagt:

„Non puto delinquere eum qui in dubiis quae-
„stionibus contra fiscum facile responde-
„rit.„

§. 18.

In Ansehung des dritten Gegenarguments ist zwar nicht zu läugnen, daß nach sächsischen Rechten, und man kann wohl sagen, der allgemeinen deutschen Gewohnheit dazu, daß das Eigenthum einer durch Zufall verlornen Sache früher erlösche, als die Zeit der Verjährung absolvirt ist 1). Allein ganz anders verhält es sich nach den Verordnungen des römischen Gesetzbuchs.

Nach solchen muß die gefundene Sache zuvörderst (propositione libelli) bekannt gemacht werden 2), und wenn sich kein Eigenthümer legitimirt, fällt sie nicht sofort demjenigen zu, welcher sie gefunden, sondern er erhält nur einen titulum ad effectum vsucapiendi 3). Ein Umstand, der noch deutlicher zu Tage legt, daß die oben 4) angenommene Meynung mit der Analogie des Rechts vollkommen übereinstimme.

1) Und doch erfordert das schwäbische Landrecht Cap. 320. §. 4. seq. eine Zeit von drey Jahren, zu einem offenbaren Beweise, daß der Speculator aus dem römischen Rechte geschöpft, und der darinne geordneten praescriptione triennali rerum mobilium eingedenk gewesen sey, und er weicht also von dem oben angeführten Sachsenspiegel ab. Siehe Decis. elect. 90.

2) L. 43. §. 8. de furtis. Nach dem folgenden §. dieses Gesetzes war es zwar dem Finder erlaubt, von dem Eigenthümer eine Belohnung anzunehmen, dergleichen aber zu fordern, wurde für unanständig gehalten.

3) Arg. L. 5. pr. si vsus fructus petatur.

4) In dem §. 15. dieser Abtheilung insonderheit ist hiermit zu vergleichen der dort angeführte zweyte Beweisgrund.

§. 19.

So sehr diese Grundsätze mit den Rechtsprincipien übereinstimmen, und nach solchen also, gemeinen Rechten nach, das triennium mit Rücksichtnehmung auf das Verdoppeln der annorum absentiae, in Sachsen aber das tempus annale abgewartet werden sollte, ehe der säumige Gläubiger seines Geldes verlustig erklärt werden sollte, so weicht doch der Gerichtsbrauch hiervon völlig

völlig ab, und man begnügt sich blos damit, daß man dem Gläubiger das vor ihn bereitliegende Quantum per Edictales bekannt macht: ihn zur Empfangnehmung präclusivisch 1) auffordert, dazu die bey der Edictalladung zum Liquidationstermin vorgeschriebene Frist setzt 2), und beym Außenbleiben sofort die Sententiam priuatoriam ertheilet.

1) Oft auch zugleich sub poena amissionis restit. in integrum. Von der Kraft dieser Drohung. Siehe oben II. Abschn. I. Abtheil §. 24.

2) Mancher Orten geschieht nur eine Aufforderung mit Setzung eines auf zwey oder drey gesetzliche Fristen hinausgesetzten Termins, dagegen an andern die Edictalaufforderung dreymal in den Zeitungen wiederholt wird.

§. 20.

Ich wende mich nunmehr zu der Wirkung einer solchen Versäumniß. Ist der Termin, welcher zur Anmeldung des säumigen Gläubigers bestimmt war, verflossen, ohne daß selbiger oder dessen Erben erschienen sind, und letztere sich zur Gnüge legitimiret haben, so wird eine Sentenz ertheilet, daß nunmehro das vorräthige Quantum als ein bonum vacans (herrenloses Guth) anzusehen sey, und dies ist die Wirkung von Seiten des säumigen Gläubigers.

§. 21.

Der Grund eines solchen Erkenntnisses liegt in der Vermuthung, daß der nicht erschienene Gläubiger das vor ihn daliegende Quantum nicht begehre, sondern solches derelinquire: indem man in Rechten eine solche Dereliction annimmt, so oft als einer zur Empfangnehmung einer ihm zustehenden beweglichen Sache gerichtlich und mit der Verwarnung des Verlusts aufgefordert wird, und sich demohngeachtet dazu nicht meldet 1).

1) Herr geheimer Regierungsrath **Hellfeld** in iurisprud. forensi §. 1734.

§. 22.

Wende ich mich also zu der Wirkung, welche ein solches Außenbleiben von Seiten anderer hervorbringt, so sehe ich hierbey theils auf die Mitgläubiger des contumacis, welche in dem Concurse, aus welchem das herrenlos gebliebene Quantum herrührt, mit liquidirt haben, theils auf den Richter selbst.

§. 23.

Jenen Mitgläubigern erwächst aus der Nachläßigkeit des außenbleibenden Empfangnehmers gar kein Vortheil. Denn ob schon die eigentliche Präclusion ihnen durch Zuwachs

der nicht liquidirten Forderung Vortheil bringt 1), dieses auch bey manchen Arten der uneigentlichen Präclusion eintritt 2), so fällt doch solches im gegenwärtigen Falle darum weg, weil der Grund dieses Zuwachsungsrechts die Gemeinschaft unter den Gläubigern nur bis zum Locationsurthel, oder längstens bis zur Eröffnung des Distributionsabschiedes dauert 3), überhaupt bey einem und eben demselben Concurse, obnerachtet der unter ihnen subsistirenden Gemeinschaft, und ob sie schon in verschiednen Stücken ein gemeinschaftliches Interesse haben, dennoch nicht als Streitgenossen betrachtet werden können 4).

1) Siehe oben II. Abschn. II. Abtheil. §. 34. und 37.

2) Siehe die §§. 5. 7. und 9. dieser Abtheilung.

3) Man sehe hiervon nach des berühmten Herrn Hofrath Gmelins Lehre vom materiellen Concurse der Gläubiger. §. 9. u. 10.

4) Denn die Streitgenossenschaft entsteht nicht blos aus dem gemeinschaftlichen Interesse und der Gemeinschaft des Richters, sondern aus der Gemeinschaft der Sache selbst, Herr von Berger in Elect. discept. forens. T. 34. Obs. 7. p. 806. Ein andres aber ist es freylich, wenn unter mehrern wirklichen Litisconsorten, d. i. solchen, welche eine und eben die Forderung bey einem Concurse liquidirt und betrieben haben, einer die vorliegende Art von

Nach-

Nachläßigkeit begienge, denn solchenfalls gienge es nach den Principien, welche L. un C. quanto non petentium partes petentibus adcrescant verglichen mit dem L. 1. C. de fort. eiusdem litis an die Hand giebt.

§. 24.

Dagegen fällt ein solches nicht gefordertes Geldquantum als ein bonum vacans dem Fiscus anheim 1), welches nach der Verfassung eines jeden Landes bald derjenige Richter ist, vor welchem der Concurs geführet worden, bald aber auch derjenige, dem das merum imperium zusteht 2). Ja an manchen Orten werden solche Gelder als dem landesherrlichen Fiscus heimgefallen angesehen 3).

1) Tot. tit. Cod. de bonis vacant. ad eumque interpretes Heinrich Cocceji de bonis vacantibus, imgleichen George Heinrich Ayrer de iure occupandi bona vacantia, Göttingen, 1740.

2) In Sachsen gehören herrenlose Güter demjenigen, welcher den Blutbann hat, Benedict Carpzov P. II. Const. 14. def. 61. von Wernher P. I. Obs. 53. Joh. Gottfried Schaumburg Einleit. in das sächsische Recht. Th. II. S. 568.

3) Die Regel bleibt allemal die: derjenige, welcher an dem Orte, wo der Concurs ventilirt

wurde, das ius fisci hat, dem gebühret auch die Einzlehung eines solchen Quanti. Ordentlicher Weise steht das ius fisci den Landstädten nicht zu, Herr Hofrath von **Selchow** elementa iuris priuati germanici Lib. I. C. V. Sect. I. tit. III. §. penult. und selbst denen nicht, in welchen es nach lübischem Recht geht. Herr geh. Justizrath **Böhmer** progr. de iure fisci ciuitatibus mediatis vi concessi iuris lubecensis non competente, Göttingen, 1757. in seinen Electis iuris ciuilis, Tom. II. Exercit. X. p. 501.

§. 25.

Ich gedenke noch eines besondern Falles, der bey dieser Art von Präclusion eintreten kann, und vielleicht bey selbiger der gewöhnlichste ist.

Es geschieht zuweilen, daß die Concursmasse nicht in baarem Gelde, sondern zum Theil in spätgefällig werdenden Tagezeiten von den verkauften Grundstücken des Debitoris communis besteht, auf welche die Gläubiger in dem Austheilungsbescheide angewiesen werden, und es fragt sich, ob in diesem Falle, wenn der assignirte Gläubiger zur bestimmten Zeit sich nicht meldet, der Käufer des Grundstücks dessen Forderung präscribiren könne, oder ob solchenfalls die nicht erhobene Tagezeit als herrenloses Gut angesehen werde und dem Fiscus anheim falle. Der Reichshofrath von **Wernher** z) behauptet das

das erstere ohne alle Einschränkung, allein es scheint die Natur der Sache zu erfordern, daß man hierbey einen Unterschied mache, ob der Gläubiger die Anweisung wirklich angenommen, und den, der die Tagezeiten schuldig ist, zu seinem Schuldner dadurch gemacht habe, oder ob solches nicht geschehen.

1) Es bezeuget solches Joh. George Bertoch in commentat. de ratione vsurarum in concursu credit. habenda, Leipzig und Zittau, 1732. Cap. II. §. 4. und 5.

2) Rathsamer wäre es freylich, wenn man der Verordnung des L. 15. §. 7. de re iudicata verbunden mit L. 3. pr. D. famil. hercisc. nach welchem erstern Gesetze aller öffentliche Verkauf nur gegen baar Geld geschehen, und kein Gebot mit Tagezeiten zugelassen werden soll, nachgienge, welches gar sehr anräth Caspar Heinrich Horn in seinen Responsis Class. 13. n. 13. allein die Praxis ist einmal dagegen und in Chursachsen durch die Constit. 32. p. I. autorisirt. Die Berechnung des Interusurium nach der Leibnitzischen sowohl als der Carpzov- oder Pinckerischen Methode lehret Bertoch in der angezogenen Schrift Cap. II. §. 10. seq.

3) In seinen Observat. P. III. Obs. 213. wo folgendes Responsum angeführt wird: „Ereignet sich bey der Stadt N. zum öftern,

daß wenn Häuser und Grundstücke auf Tagezeiten und Erbegelder verkauft oder *sub hasta* erstanden werden, die Verkäufer, oder andre, welche an solche Erbegelder angewiesen werden, immittelst versterben, und keine Erben hinter sich verlassen, oder wenn auch dergleichen vorhanden, diese dennoch zur Verfallzeit sich nicht gemeldet, und selbige von den Besitzern derer Häuser eingehoben, sondern vierzig oder mehr Jahre unabgefordert stehen lassen, und es wollen dieselben: Ob besagte Erbegelder ihnen als *bona vacantia* zukommen, durch unsre Rechtsbelehrung vergewissert seyn nach mehrerm Innhalt des uns zugeschickten Berichts. Wenn nun gleich dieselben in denen Gedanken stehen, daß dergleichen Erbegelder *pro bonis vacantibus* zu achten, folglich *in Saxonia* derjenigen Obrigkeit, welche *merum imperium* hat, zukommen, in mehrer Erwegung, daß der Besitzer, weil er *in mala fide* solche zu präscribiren nicht vermöge,

c. vlt. X. de praescript.

Dieweil aber dennoch angeregte *Dispositio iuris canonici*, bewährter Rechtslehrer Meynung und der *in foro* üblichen *interpretation* nach, von der *praescriptione* derer Schuldforderungen und *actionum personalium* gar nicht anzunehmen, also

diß=

dißfalls das *ius ciuile*, welches in dergleichen Fällen *bonam fidem* keinesweges erfordert, nicht geändert oder aufgehoben, wie solches weitläuftig ausgeführet

D. *Wernher*. sel. obs. for. p. 1. obs. 183. add. *Berger*. E. D. F. tit. 2. obs. 5.

So erscheint daraus allenthalben so viel, daß dergleichen Erbegelder *pro bonis vacantibus* nicht zu achten, sondern als präscribirt gänzlich hinwegfallen, und von denen Besitzern der erkauften oder *sub hasta* erstandenen Grundstücken nicht gefordert werden mögen. v. R. w.

§. 26.

Ist das erstere, so hat das Creditwesen nunmehr seine Endschaft — das richterliche Amt hört auf — der Tagezeitenzahler ist des Gläubigers Schuldner, und die auslösende Verjährung kömmt ihm, nicht dem Fiscus, zu statten: ist aber der andre Fall vorhanden, so ist das Ende des Concurses noch nicht da, sondern derselbige dauert noch so lange fort, bis veniente die der Richter, es sey Amts halber oder auf Anrufen eines einzelnen Gläubigers oder des Curatoris litis den letztern Theil der zur Concursmasse gehörenden Gelder beygetrieben, und dem Gläubiger, welcher nach seiner Anweisung darauf warten muß, davon befriedigt hat. In diesem

Falle kann also der Richter, wenn die Tagezeit verfallen ist, solche beytreiben und sodann damit verfahren wie mit Baarschaft, welche für einen Gläubiger im Deposito bereit liegt.

§. 27.

Gegen diese Einziehung der Gelder in den gemeinen Schatz oder Fiscus findet kein Rechtsmittel statt. Selbst die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand kann dagegen nicht gebraucht werden, zum wenigsten wird in Praxi auf selbige in dem vorliegenden Falle keine Rücksicht genommen 1).

1) Um alles zu erschöpfen, sondere ich die verschiednen Fälle von einander ab. Entweder hat der Richter die Verjährungszeit abgewartet, ehe er die Gelder eingezogen, oder er hat solches nicht gethan. Ist jenes, so fällt die Restitution nach gemeinen Rechten weg, denn eben aus dieser Ursache werden nach den römischen Gesetzen die Jahre der Abwesenheit verdoppelt, ist aber dieses, so ist entweder das, den prätorischen Restitutionen geordnete Quadriennium verlaufen oder nicht. Im ersten Falle ceßirt die Restitution von selbst, im letzten aber fällt entweder contumacia vera desgleichen culpa dem außengebliebenen zur Last oder nicht. Im ersten Falle ist er wieder nicht Restitutionsfähig, im zweyten aber scheint solche eher Platz zu greifen, doch steht L. 2. C. qui et

et aduersus quos, nach welchem die Restitution gegen Personen, quibus reuerentia debetur, also auch contra fiscum nicht gebraucht werden kann, im Wege. Herr geh. Regierungsrath Hellfeld in jurisprud. forens. §. 443. und in der Praxi wird zum wenigsten solche nicht admittirt.

§. 28.

Zwischen der eigentlichen und uneigentlichen Präclusion äußert sich der große Unterschied, daß bey ersterer nur das Recht an der Theilnehmung der Concursmasse, nicht aber das persönliche Recht an dem gemeinen Schuldner verloren geht, bey letzterer aber der säumige Gläubiger seiner ganzen Forderung verlustig wird.

1) Siehe oben II. Abschn. II. Abth. §. 34. u. f. Es fließt dieses klar aus der Natur der Sache; denn bey der Versäumniß an der Bescheinigung, Legitimation zur Sache und Eydesleistung folgt in jedem Proceß per notoria iuris der Verlust der Sache und bey der Nichtempfangnehmung des vorhandenen Geldes ist es nicht des gemeinen Schuldners Schuld, daß der säumige Gläubiger unbezahlt bleibt.

Vierter Abschnitt.

Von der Präclusion, in so fern sie vor der förmlichen Eröffnung eines Concurses Statt findet.

§. 1.

Der förmliche Concurs unterscheidet sich von dem materiellen in verschiedenen Stücken 1).

Bisher war von der Präclusion in dem Falle, da ein Concurs förmlich eröffnet worden, die Rede: in wiefern aber vor dessen Eröffnung sich eine Präclusion denken lasse, und was solchergestalt nach der Verschiedenheit der Fälle Rechtens sey: dies ist der Gegenstand gegenwärtiger Abtheilung.

1) Man findet diese Differenzien umständlich erörtert in des berühmten Herrn Hofrath Gmelins Abhandlung vom materiellen Concurse der Gläubiger. Erlangen, 1775.

§. 2.

Die Eröffnung des Concurses ist sowohl den Gläubigern 1), als dem gemeinen Schuldner 2), sehr präjudicirlich, und ein Richter hat daher allen

allen Fleiß anzuwenden, um den Ausbruch eines Concurses, so viel möglich, zu vermeiden.

Es pflegen daher die mehresten Gerichte, wenn ein Concurs bevorsteht, einen Vorbeschiedstermin anzuberaumen und in selbigem zu untersuchen, ob die Eröffnung eines Concurses unvermeidlich sey, oder ob nicht vielmehr durch Fristgestattung, Annehmung der Particularzahlung oder Anweisung auf ungewisse außenstehende Schulden, Erlassung der Zinsen, Bürgschaft des Eheweibes des gemeinen Schuldners, Verkauf seiner Güter oder eines Theils derselben aus freyer Hand, durch Annehmung derselben an Zahlungsstatt, oder sonst eine Auskunft zu treffen, und der gemeine Schuldner annoch zu retten sey.

1) Für den Gläubiger ist solche schädlich, als welcher dabey immer Gefahr läuft, durch andre Forderungen von der Perception ganz oder zum Theil ausgeschlossen zu werden, oder wenigstens durch die mit einem Concurse unvermeidlich verbundene Unkosten, zumal in denen Ländern, wo der percipirende Gläubiger die Gantkosten pro rata tragen muß, diese einzubüßen.

Auf alle Fälle geht auch bey den privilegirten Gläubigern, auch an denen Orten, wo die Concurskosten allen zum voraus gehen und nicht dem Gläubiger zur Last fallen, welcher zur Perception kömmt, der außergerichtliche Aufwand verloren,

und

und es kömmt daher der Fall zuweilen vor, daß die Gläubiger die Eröffnung des förmlichen Concurses zu hintertreiben suchen, **Johann Andreas Hoffmann** in der Reichspraxi, Th. II. S. 799. Noch mehr schadet ein Concurs den Gläubigern in denen Landen, wo die Edictalcitation den Zinsenlauf hemmt, wie z. E. im Bayreuthischen, S. Marggraf **Friederichs** Edict vom 8ten May 1743.

2) Eben so und noch unangenehmer sind die Folgen der Concurseröffnung für die gemeinen Gläubiger. Wenn auch gleich der Ausbruch eines Concurses nicht an sich ehrlos macht L. 11. C. ex quib. caufis infam. so ist es doch quodammodo ignominiofum Nov. 135. Cap. 1. Der Schuldner verliert dadurch den Besitz und die Verwaltung seiner Güter, er muß befürchten, daß sein Immobiliarvermögen unter dem Werthe sub hasta verkauft, eine Menge Administrations- und Gerichtskosten, auch nicht selten durch wenig sorgfältige Verwaltung seines Vermögens ein beträchtlicher Schade verursacht werde, und also seinen Gläubigern nicht so viel bezahlt wird, als außerdem geschehen würde; seine Handelsbücher verlieren den fidem, und die Kraft des halben Beweises **Gottfried Barth** in hodegeta forenfi Cap. II. §. 7. not. c. p. 468. er setzt sich der Untersuchung eines geflissentlichen Banquerouts aus, und in den mehresten Landen zieht die

Eröff-

Eröffnung des Concurses den Verlust einer Civilbedienung sofort nach sich. Beyfugen zur altenburgischen Landesordnung, zweyte Sammlung. S. 291. u. f.

§. 3.

Soll die Statthaftigkeit der Präclusion bey einem nicht wirklich eröffnetem Concurse richtig und genau bestimmt werden, so sind hiebey die verschiedenen Fälle von einander abzusondern.

Der Richter, welcher einen imminirenden Concurs zu heben und den förmlichen Ausbruch desselben zu hindern gedenkt 1), fordert zu diesem Geschäffte entweder sämmtliche Gläubiger auch die unbekannte durch Edictalien 2) auf, oder er schränkt sich blos darauf ein, diejenigen, welche ihm durch Consensausbringen, Hülfserlangung oder Klageanstellung bekannt sind, vorzuladen.

1) Befindet sich die Sache in dieser Lage, daß der Richter einen anscheinenden Concurs beyzulegen bemühet ist, so ist, wenn die Immißion oder Sequestration bereits einzelner bis dahin betriebener Schulden halber verhängt worden, schon ein Creditwesen, aber noch kein eigentlicher Concurs vorhanden, Herr Hofrath Hommel in rhapsod. obs. 295 seq. und 539. n. 1. 8.

2) Eine solche Edictalcitation muß eben diejenigen Erforderungsstücke haben, wie bey einem

förm-

förmlich eröffneten Concurse, wenn die darinne angedrohete Praeiudicia Platz greifen sollen.

§. 4.

Geschieht das erstere, so inserirt der Richter ordentlicher Weise ein Präjudiz, und zwar in Ansehung der ihm unbekannten eben dasselbe, wie bey der förmlichen Concurseröffnung 1), nämlich die Präclusion, in Ansehung der ihm bekannten aber kann er kein andres androhen, als daß ihr Nichterscheinen für eine stillschweigende Annehmung der von Seiten des Schuldners geschehenen Vergleichsvorschläge oder Beytritt der Meynung der mehresten werde angesehen werden 2).

1) Dieses folgt aus der Absicht einer solchen Abstrafung — aus der Unmöglichkeit außerdem etwas Beständiges zu Stande zu bringen, und s. w.

2) Denn es heißt hier qui tacet cum loqui potuisset et debuisset consentire videtur: keinesweges aber strafen die Gesetze ein solches Nichterscheinen mit dem Verlust der Forderung. S. oben.

§. 5.

Ist dieses geschehen, so ist kein Zweifel, daß das angedrohete Präjudicium den außenbleibenden Gläubiger treffe, und er, da dessen Forderung dem

dem Richter ganz unbekannt war, von der zur Schuldenzahlung bestimmten Masse ausgeschlossen werde 1), dagegen der Nichterschienene, dessen Forderung bereits gerichtlich bekannt ist, sich dasjenige gefallen lassen muß, wessen sich die übrigen Gläubiger mit dem gemeinen Schuldner vereinigt haben z. E. Erlaß am Hauptstamme und Zinsen, Particularzahlungsannehmung u. s. w. Jedoch wird hierbey zum vorausgesetzt, daß die Insolvenz des gemeinen Schuldners außer Zweifel beruhe 3), und es versteht sich von selbst, daß dem Rechte eines solchergestalt präjudizleidenden Gläubigers an dem Vermögen des Schuldners, so ihm nach der Vergleichszahlung noch übrig bleibt, oder er nachher erwirbt, nichts benommen werde, auch die Wechselobligation in saluo bleibe 4).

1) In wie weit ein pactum remissorium vor eröffnetem Concurse denkbar sey, lehret Hr. Appellationsrath Bauer in dissert. de pacto remissorio ante concursum formalem. Leipzig, 1755.

2) In gewissen Fällen verbinden sogar die Gesetze den Gläubiger zur Annahme der Particularzahlung. Jüngster Reichsabschied §. 174. Johann Rudolph Christian Henne de creditore ad acceptandam particularem solutionem obligato, Erfurt, 1773.

3) Zu-

3) Zuweilen liegt dieses nicht zu Tage, und es kömmt dieses besonders in dem Falle vor, wenn der gemeine Gläubiger beträchtliche außenstehende Schulden, von deren veritate und bonitate man nicht mit Zuverläßigkeit urtheilen kann, als Mittel zur Befriedigung seiner Gläubiger angiebt: ingleichen in dem Falle, da selbiger aus anzufangenden oder bereits rechtshängigen Processen etwas zu erhalten glaubt, und sich also nicht als concursmäßig ansehen lassen will. In beyden und andern ähnlichen Fällen muß der Richter billig von der Beschaffenheit der Schulden oder der Ansprüche, welche der, von seinen Gläubigern gedrängte Schuldner, macht, durch Correspondenz mit den Iudiciis, welche davon nähere Kenntniß haben, oder auf andre Art sich unterrichten. Ist aber zu einer Gewißheit oder großen Wahrscheinlichkeit hierunter nicht zu kommen, so ist der gewöhnlichste Weg, daß man zwar den Schuldner, damit seine Gläubiger nicht periclitiren, aus der Verwaltung seiner Güter setzt, welches der gemeine Gläubiger um so weniger hindern kann, da, wenn man ihn auch nicht als concursmäßig behandelt, er sich doch die Subhastation und Sequestration seiner Güter zur Befriedigung der klagenden Gläubiger gefallen lassen müßte, jedoch mit der wirklichen Concurseröffnung bis zum Austrag dieser Sache Anstand nimmt. Uebrigens ist kein Zweifel, daß ein Richter, welcher über das Vermögen eines

seiner

seiner Unterthanen, welcher nicht concursmäſsig ist, einen Concurs verhängt, deshalb iniuriarum belangt werden könne.

4) Siehe oben II. Abschn. II. Abtheilung §. 42. bis ans Ende.

§. 6.

Ist hingegen der zweyte Fall vorhanden, daß der Richter nur die bekannten Gläubiger zu diesem Geschäffte gezogen, und es melden sich in der Folge Schulden, welche ihm unbekannt waren, so unterscheide ich, ob entweder der unbekannten Gläubiger halber Caution geleistet worden, oder ob solches nicht geschehen. Ist das erstere, so müssen sich die später bekannt gewordenen Gläubiger an diejenigen halten, welche die Verbindlichkeit übernommen haben, den Richter und die Mitgläubiger gegen sich künftig meldende Schulden zu vertreten, doch wird einem solchen Credito der Richter noch immer in subsidium hafften müssen.

1) Es scheint hierunter eine andre Meynung zu hegen Hr. Hofrath **Hommel** in seiner Rhapsodie Obs. 398. wenn er behauptet, daß bey einer hereditate iacente, zu welcher die Erben nicht bekannt sind, der Richter nicht eben nöthig habe, Edictalien zu erlassen, sondern aus selbiger die sich meldenden Gläubiger befriedigen könne, ohne daß die nachher bekanntwer-

dende Schulden, welche nunmehr nicht zur Perception gelangen, den Zahlungsentwurf anzufechten vermöchten: allein diese Meynung scheint mir durch den angeführten Grund, daß nämlich hier der Richter als ein Erbe sub inventario anzusehen sey, und daher den tardius venientibus, so bald die vires hereditatis erschöpft, daferne nur dabey kein Betrug vorgekommen, nicht weiter responsabel sey nach der bekannten L. 22. §. 4. C. de iure deliber. nicht genugsam unterstützt. Die Obliegenheit des Richters geht ohne Zweifel hier weiter als die des Erben, und es scheint also die Rechtsregel damnum potius sentire debetis cuius aliqua est culpa quam is cuius nulla est, dem Gläubiger, dem einige Schuld nicht beygemessen werden kann, gegen den Richter zu Statten zu kommen. Zum wenigsten kann dem Gläubiger, welcher sich noch vor geschehener Auszahlung, obschon nach berichtigtem Plane, meldet, sein Recht, an seine Stelle zu treten, und also nach Befinden andre von denen bekannten auszuschließen oder mit selbigen pro rata zu concurriren, nicht abgesprochen werden, weil man von ihm nicht sagen kann, daß er iusto tempore sich nicht gemeldet habe.

§. 7.

Ist hingegen eine solche Caution nicht bestellt, so ist entweder dem gemeinen Schuldner ein Theil seines Vermögens übrig geblieben, oder

oder nicht. Ist jenes, so hält sich der spät gemeldete Gläubiger an dieses, im andern Falle hingegen ist ein Unterschied zu machen, ob die bekannt gewesenen Gläubiger die vergleichsmässige Zahlung schon percipirt haben oder nicht; ist das letztere, so tritt der ex post bekannt werdende Gläubiger an seine Stelle ein, und es kann ihm der Natur der Sache nach eine Präclusion nicht entgegen gestellt werden: ist aber das erstere, so hält er sich an diejenigen Gläubiger, welche in totum oder tantum nicht befriedigt worden seyn würden, wenn seine Schuld zur Zeit des Zahlungsempfangs bekannt gewesen wäre. Er thut dieses nachdem ob eine Gratification erweislich oder nicht bald mit der Paulianischen Klage, bald mit der actione in factum, doch wird dieses letztere Rechtsmittel durch die Ausflucht der Verjährung perimirt.

1) Zur Erläuterung dieser nach der Verschiedenheit der Fälle angegebenen Entscheidung ist dasjenige nachzusehen, was oben II. Abschnitt III. Abtheil. §. 23. bis ans Ende umständlicher vorausgesetzt worden, indem hier eben diese Principien eintreten, und es also der Wiederholung der im vorhergehenden aufgestellten Beweisgründe nicht bedarf.

Fünfter Abschnitt.

Von der Präclusion, in dem Falle, wenn über das Vermögen einer Person mehrere Concurse entstanden sind.

§. 1.

Ich wende die bisher von der Präclusion festgesetzten Principien nunmehr auf den besondern Fall an, wenn ein Schuldner unter verschiednen Gerichtsbarkeiten Güter und Vermögen besitzt, und also an verschiednen Orten Concursprocesse erregt werden.

§. 2.

Ist dieser Fall vorhanden, so mache ich einen Unterschied, ob die mehreren Richter, unter deren Gerichtsbarkeit der in Vermögensverfall gerathene Schuldner Güter besitzt, einem und eben demselben Territorialherrn unterworfen, oder ob solches nicht sey.

§. 3.

Ist das erstere, so muß der Regel nach der Concurs in dem foro domicilii verhandelt werden 1), und die Richter, unter deren Gerichtszwang

zwang Güter des gemeinen Schuldners gelegen sind, müssen die bey ihnen als dem foro rei sitae anhängigen Schuldsachen dahin abgeben, und das aus den Immobilien gelösete Geld bald ganz 2) bald aber auch nach Abzug der von ihnen consentirten Schulden an das forum vniuersale einschicken 3). In den mehresten Ländern existiren hierüber besondre Verordnungen.

1) Man sehe nach Wahl de iudice in concurs. credit. competente imgleichen auch Herr Hofrath Hommel in rhaps. obs. 617. und diese Meynung ist auch den Principien von der continentia und connexitate causarum gemäß. Dd. ad hunc tit. Digest.

2) Geschieht dieses, so müssen sich die hypothekarischen Gläubiger dahin wenden, und ob schon sonst das Nichtliquidiren einer solchen Schuld außer dem Falle einer contumaciae verae in Ansehung des Hauptstammes nicht schadet II. Abschn. II. Abtheil. §. 8. und 10te Anmerk. so leidet doch dieses in dem vorliegenden Falle eine Ausnahme, weil der dort angegebene Grund hier wegfällt, indem der Richter, welcher den Concurs dirigirt, nicht derjenige ist, welcher den Consens ertheilet hat.

3) Gothaische Proceßordnung Th. I. Kap. 37. Art. I. §. 13. Altenburgische erste Beyfugensamml. S. 143.

§. 4.

Dieser eben berührte Fall verändert also in den Grundsätzen von der Präclusion nichts, sondern es bleibt völlig bey dem, was im vorhergehenden davon ausgeführet worden. Es versteht sich indessen von selbst, daß an den Orten, wo der Gerichtsbrauch ist, daß der iudex rei sitae seine ertheilten Consense selbst bezahlt, und nur den Ueberrest an das forum domicilii einschickt, das Nichtmelden eines solchen Gläubigers in dem Liquidationstermine selbigem nicht schade, wenn er sich nur vor Einschickung der Gelder bey dem foro rei sitae gemeldet hat.

1) I. Abschn. I. Abth. §. 27.

§. 5.

Sind hingegen die mehrern Richter, unter deren Gerichtszwang Güter des gemeinen Schuldners liegen, einerley Landesherrn nicht unterworfen, so sollten zwar wohl nach der Rechtsanalogie demohngeachtet alle Sachen an das forum domicilii abgegeben werden, allein es kömmt darauf an, ob sich der auswärtige Richter dazu willig finden läßt oder nicht.

1) Wolfg. Adam Schöpf de concursu credit. partic. Tübingen, 1740. §. 14. Herr Professor Reichardt de effectu fori concursus creditor. vniuers. ratione bonor. territ. alieni, Jena, 1775. Herr Appellationspräsident von

Puffens

Puffendorf in obs. iur. Tom. I. obs. 217. p. 587.

§. 6.

Ist jenes, so pflegt ein solcher Richter gemeiniglich sich das reciprocum zu bedingen, und es bleiben also die Grundsätze der Präclusion eben diejenigen, welche in dem Falle, da nur ein Concurs vorhanden ist, Platz greifen.

§. 7.

Will hingegen der auswärtige Richter sich hierzu nicht entschließen, so kann freylich der iudex fori domicilii sein Befugniß nicht geltend machen 1), und es tritt nunmehr der Fall ein, daß entweder in einem Lande der Concurs verhängt wird und in dem andern nicht 2); oder daß zwey oder mehrere Concurse über einerley anhängig gemacht werden, obschon daraus die größesten Inconvenienzien zu entstehen pflegen 3).

1) Es behaupten in einem solchen Falle die Reichsgerichte, daß das iudicium superius commune nunmehr eintrete, und solchergestalt der Concurs für sie gehöre, und man rechtfertigt diese Meynung theils aus den Reichsabschieden von 1512 und 1600, theils aus der Reichshofrathsordnung tit. II. §. 1. theils aus dem, was die gemeinen Rechte von der continentia causarum verordnen: allein die Reichsstände haben diesem immer widersprochen, und inson-

insonderheit ist in den herzoglich - sächsischen Landen bey mehrern Gelegenheiten dieser Widerspruch mainteniret worden. Reichardt in der angef. Abhandl. §. 17. u. f.

2) Man sagt alsdenn, daß nur ein Particular-concurs existire. Wolfg. Adam Schöpf in der angezogenen Abhandlung.

3) Diese Inconvenienzien bestehen theils in dem verdoppelten Kostenaufwand, theils in der mehrentheils erforderlichen Communication zwischen beyden Iudiciis Concursus, welche ebenfalls viel Zeitverlust und Aufwand verursacht, und nicht selten durch ein ungleiches Verhältniß, in welchem die beyden iudicia gegen einander stehen, sehr unfüglich gemacht wird, theils und vornehmlich aber in dem sich mehresten Falls hervorthuenden Streitigkeiten, zu welcher Masse diese oder jene Sache oder activum gehöre, worüber immer gar sehr controvertirt wird. Dieser Gegenstand und überhaupt die Auseinandersetzung der Grundsätze, nach welchen ein an mehrern Orten anhängiger Concurs zu beurtheilen, verdiente allerdings eine umständlichere Ausführung. Ich erinnere hier, zu Begründung dessen, was in der Folge von der Präclusion in diesem Falle behauptet werden wird, nur so viel: Entweder ist der Schuldner des gemeinen Schuldners unter der Gerichtsbarkeit eines der beyden Iudiciorum befindlich, vor welchen der Concurs anhängig ist,

ist, oder es ist dieses nicht. Ist der erstere Fall vorhanden, so pflegt dieses durch Inhibitionen und Zahlungsauflagen die Summe an sich zu ziehen, und es ist solches um so wirksamer, da der Richter solchenfalls den Schuldner nicht nur zur Zahlung nöthigen, sondern ihn auch nach erfolgter Zahlung gegen fernere Ansinnung und Ansprüche schützen kann: allein, viel weit aussehender ist der zweyte Fall, da in einem dritten Lande der Schuldner oder derjenige wohnt, gegen den der Concurs Rechte auszuführen gedenkt, z. B. durch Anstellung der Paullianischen Klage — der Condition sine causa — certi ex mutuo oder der Reivindication u. s. w. Wird hier nur der eine Concurs Kläger, so steht solchem die Exception **daß mehrere an dem Proceßgegenstand Theil haben**, entgegen, und es ist auch wohl richtig, daß der Schuldner, welcher solchen Falls einen Concurs befriedigt, soluendo nicht liberiret werde: bestellt also derjenige Concurs, welcher Klägers Stelle vertritt, nicht genugsame Caution, daß er den Zahler gegen andre fernere Ansprüche sichern wolle, so ist dem Beklagten nicht zu verdenken, wenn er die Zahlung declinirt und dieser Umstand qualificirt sich also immer zu einer Vereinbarung unter den Iudiciis, oder das Interesse der Gläubiger leidet darunter augenscheinlich, indem diese Posten unbetrieben und solche Processe unausgemacht bleiben: da denn inzwischen der debitor

debitoris zuweilen durch Verjährung die gegen ihn seyende Ansprüche extinguirt, oder wenigstens die Zinsen über das alterum tantum gewinnet. Man sehe hierbey noch nach die zwey letzten §§. dieses Abschnittes.

§. 8.

Um die Anwendung der Principien der Präclusion in diesem Fall genauer bestimmen zu können, berühre ich die Frage: bey welchem unter mehrern *foris concursus* hat ein Gläubiger sich mit seiner Forderung zu melden? und fasse die Beantwortung derselben in folgende Sätze:

I. Ein jeder Handschriftsgläubiger kann und muß sich in der Regel bey beyden Concursen und zwar bey jedem mit dem toto seiner Schuld melden und seine Anweisung gewärtigen, allein es steht ihm auch frey, der einen Concursmasse, durch sein Nichtliquidiren stillschweigend, oder auch ausdrücklich zu entsagen, und bey der andern allein das Ganze zu liquidiren r).

II. Ein Gläubiger, welcher mit einem ausdrücklichen Pfandrecht versehen, oder durch die Mißion ex primo et secundo decreto ein dinglich Recht erlangt hat, muß sich hauptsächlich bey dem Iudicio melden, wo ihm der Consens ertheilet worden, oder die Immißion erfolgt, doch kann er eben diese Schuld bey dem andern iudicio

euen-

euentualiter auf den Fall, da er an jenem Ort nicht ganz befriedigt würde, als eine Handschriftschuld liquidiren und betreiben, dagegen ein Generalpfandgläubiger billig bey beyden foris concursus zu liquidiren hat 2).

III. Ein Gläubiger, welcher eine stillschweigende Hypothek hat, kann und muß sich bey demjenigen Iudicio, unter welches die Güter gehören, die ihm hypothecae nomine obligirt sind, und also, nachdem ob die hypotheca tacita specialis oder generalis ist, bald bey einem Concurs, bald bey beyden melden, doch steht ihm ebenfalls frey, wenn der erstere Fall existirt, bey dem andern foro euentualiter als ein Briefschuldner zu liquidiren.

IV. Gläubigern, welche ein Vorzugsrecht ohne Hypothek haben, als Arztlohn, Liedlohn u. s. w. steht es frey, wo sie sich melden wollen 3), und eben so ist es mit den personaliter priuilegiatis und denenjenigen, welchen nächst dem Pfandrecht das priuilegium exigendi zusteht 4).

1) Es ergiebt sich dieses aus der Natur der Sache und der Analogie der Rechte von selbst. Eine persönliche Schuld hafftet auf keinem der Güter besonders, und der Gläubiger kann salvo iure cuiusuis unter den Besitzungen des Schuldners ein Executionsobject erwählen, welches er will. Es enthält also die Nichtliquidirung einer Handschriftschuld bey einem unter

mehrern

mehrern iudiciis concursus zwar eine Entsagung der bey dem andern foro constituirten Creditmasse, keinesweges aber eine Begebung eines Theils der Forderung selbst, sondern ein solcher Gläubiger kann das totum bey einem Concurs allein liquidiren und auf solches die sich ergebende Perceptionsratam verlangen, ja, es ist auch sehr denkbar, daß Briefschuldner sich zu Ersparung doppelter Unkosten mit einander, nach Verhältniß des unter jeden Concurs gezogenen Güterbetrags, vergleichen, daß ein Theil bey diesem, ein andrer bey dem andern foro seine credita alleinig betreibt, und jeder solche bey dem andern foro fallen, und solchergestalt den übrigen jene Masse allein zu gute kommen läßt: zum wenigsten sollten die Richter bey den ersten Terminen eine solche Auskunft zu vermitteln suchen, durch welche zum wenigsten die doppelten Extraiudiciales erspart werden.

2) Denn das dingliche Recht und der Vorzug vor andern Gläubigern inhärirt blos der verpfändeten Sache und erstreckt sich einzig und allein auf das aus solcher gelösete Geld, so daß in so ferne aus solchen der darauf versicherte Gläubiger nicht ganz befriedigt wird, das Uebermaaß nur als eine Handschriftschuld anzusehen ist. Joh. Philipp Richter de priuilegiis creditor. Cap. IX. no. 11. Will also ein solcher Gläubiger bey dem Concurs, wo er nur euentualiter liquidirt hat, zur Perception kommen, so muß er aus dem in jenem Concurse ertheilten

Distri-

Distributionsabschiede erweisen, in wie weit er nicht befriedigt worden sey. Hat hingegen ein solches creditum nächst dem Specialunterpfandsrecht noch ein persönliches Privilegium, so muß solches bey dem andern Concursforo in solcher Maaße liquidirt werden, und geht alsdenn auch bey diesen allen Handschriftsgläubigern vor. Ein andres ist es mit solchen Schulden, welche eine Generalpfandverschreibung vor sich haben, denn diese werden in beyden foris unter den Realgläubigern ihrer Zeitfolge nach locirt. Es ist daher eine sehr nützliche Cautel das pignus generale immer mit dem speciali zu verbinden. Sam. Stryk in cautel. contr. Sect. II. C. IV. §. 17.

3) In der Regel thun freylich solche Gläubiger am besten, nur an einem Orte zu liquidiren, um nicht doppelte Unkosten an gerichtlichen und außergerichtlichen Aufwand tragen zu müssen, und gemeiniglich erwählen selbige das forum concursus, unter welchen der Gemeinschuldner wohnte, zur Erleichterung ihrer Bescheinigung — indessen steht es ihnen frey, wenn sie eine Unzulänglichkeit einer Masse besorgen, sich auch mit bey dem andern Iudicio zu melden.

4) Gewöhnlichermaaßen thun persönlich privilegirte Gläubiger am besten, an beyden Orten sich zu melden, es sey denn, daß sie übersehen könnten, daß sie bey einem foro völlig befriedigt werden dürften, oder doch wenigstens bey dem andern foro für sie nichts übrig bleiben werde. Von dem priuilegio exigendi ist noch nachzusehen die 2te

Anmer-

Anmerk. dieses §. Dergleichen Recht z. B. dem credito in refectionem aedium zu. Hr. Hofrath Walch de priuilegio pecuniae in refectionem aedium creditae. Ien. 1771. Sect. II. §. 11.

§. 9.

Es läßt sich hieraus gar leicht bestimmen, in wie fern in dem vorausgesetzten Fall eine Präclusion zu befürchten sey oder nicht, und es fließen aus dem vorhergehenden folgende Sätze:

I. Der Handschriftsgläubiger begiebt sich bey dem Concurs, wo er nicht liquidirt, aller Theilnehmung an derjenigen Masse, welche bey selbigem constituirt wird, er kann aber sein Recht in Ansehung der ganzen Forderung bey dem andern Concurse verfolgen.

II. Der Specialunterpfandsgläubiger, welcher nicht bey dem foro concursus liquidirt hat, bey welchem sein Unterpfand befindlich ist, verliert sein ius pignoris saluo iure seine Forderung als eine Briefschuld bey dem andern Concurs zu betreiben.

III. Der Specialunterpfandsgläubiger, welcher unterläßt, seine hypothekarische Forderung auch bey dem andern foro, als dem, zu welchen die ihm verschriebene Hypothek gehört, zu liquidiren, begiebt sich des Rechts, dasjenige, was ihm nach der Excußion seiner Hypothek noch abgeht, iure personali bey dem foro, wo er sich nicht gemeldet hatte, zu begehren.

IV. Mit dem Generalpfandgläubiger hat es hierunter eben die Bewandniß, wie mit den Handschriftsschulden.

V. Meldet sich ein Gläubiger, weder bey dem einen noch dem andern Concurs, so treten eben die Principien ein, wie in dem Falle, wenn nur ein Concurs existirte, und er muß also, wenn er Restitution sucht, solche bey dem foro, wo er hätte liquidiren sollen, und also bald bey einem bald bey beyden suchen, und sein Recht an den nouiter acquisitis ist eben dasjenige, wie es oben genauer auseinander gesetzt worden 1).

1) II. Abschn. II. Abtheil.

§. 10.

Ist es streitig, zu welcher Concursmasse ein actiuum des gemeinen Schuldners gehöre, so ist dieses zwar den Gläubigern, welche nach denen in dem §. 7. angenommenen Grundsätzen liquidirt haben, einerley, sie mögen zu der einen oder der andern Masse gezogen werden: allein, wichtig ist die Entscheidung alsdenn, wenn Gläubiger ihre Forderungen nur bey dem einen foro angegeben haben, und es kann bey diesem Ereigniß leicht geschehen, daß Handschriftsgläubiger bey dem foro A. völlig bezahlt werden, dahingegen die bey dem foro B. ganz leer ausgehen.

1) Meines Ermessens scheint der Rechtssatz mobilia ossibus inhaerent hier eine gewisse Anwendung zu finden, und also alle Schuldklagen regulariter zum foro domicilii zu gehören. Zum wenigsten rechnen die meisten Rechtslehrer arg. L. 15. de Reg. iuris alle Schuldklagen zu den beweglichen Sachen selbst alsdenn, wenn eine unbewegliche Sache für die Schuld unterpfändlich ver-

verschrieben ist Hr. geh. Regierungsrath Hellfeld de hypotheca mobilium C. I. §. 13. bis 15. in eius opusc. no. VIII. Aug. von Leyser spec. 26. m. 2. doch wird hiervon unbetagtes Erbegeld und jährliche Gülten ausgenommen und zu den unbeweglichen Dingen gezählt. Gail Lib. II. obs. 10. no. 3. Coter dec. 69. no. 9. Freylich aber ist dieses nichts weiter als eine Opinion, die nur in dem Fall geltend wird, wenn der Richter, dessen Interesse hierunter versirt, solche gegen sich gelten läßt, denn geschieht dieses nicht, so entstehen daraus die größesten Inconvenienzien. Siehe hiervon §. 7. Anmerk. 3.

§. 11.

Die übrige Sachen, welche der gemeine Schuldner unter einer dritten Gerichtsbarkeit besitzt, wo kein Concurs gegen ihn erregt wird, sind entweder beweglich oder unbeweglich. Jene müssen nach der angezogenen Rechtsregel: mobilia ossibus inhaerent an das forum abgegeben werden, unter welchem der gemeine Schuldner gewohnt hat, als der Concurs ausbrach 1): In Ansehung der unbeweglichen hingegen kömmt es wohl auf den Willen des Richters an, unter dem sie gelegen, der hierunter mehrentheils demjenigen foro concursus fügt, von welchem er zuerst requirirt wird.

1) Es ändert auch eine mutatio domicilii nach ausgeflossener Ladung nichts, weil die Citation die Jurisdiction perpetuirt.

E N D E.

Verbesserungen und Druckfehler.

Seite 3. Zeile 15. lies Kapitel. 4, 25. acceptilat 6, 18. in seiner 14, 19. 2. Stück No. VI. 17, 32. potius sentire. 34, 15. werdende Ladungen. 34, 27. Casus, und 28. creditorum appellatione non hi tantum. 35, 1:. Francof. 39, 21. Fideicommiß Erbe. 40, 10. Entschädigungsklage 43, 19. für eod. edit. 54, vorletzte Zeile ist nach afferitur einzuschalten: Wittenberg, 1724, von Balthasar; welche Worte auf der folgenden Seite Zeile 2 und 3 wegfallen. 60, 27. daß mir 68, 12. gesucht 74, 29. 1777. 79, 9. datio in solutum 82, 6. dem Grund 89, 5. Reinhardts 89, 16. 1728. 89, 21. Schuldthurm 100, 10. hatte. 102, letzte Zeile: eine Forderung. 115, 22. befand, das ist, so lange 116, 2. so lange ist es auch Zeit 130, letzte Z. wenn die Forderung durch Erbrecht oder Cession an die Liquidanten 145, 16. hingegen, für also. 146, 9. dauert und sie 147, 4. quando, 158, 16. Aufrufung. 169, 14. Condiction. 176, 8. Coler.

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Die Lehre von der Präclusion bey entstandenem Concurse der Gläubiger

Leipzig 1781

J.germ. 115 q
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10551874-2
VD18 14610469-001